



# 契約法における比例原則：契約の内容形成・権利行使の制限

著者	山田 孝紀
学位名	博士（法学）
学位授与機関	関西学院大学
学位授与番号	34504甲第684号
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10236/00028256">http://hdl.handle.net/10236/00028256</a>

博士学位申請論文

契約法における比例原則

——契約の内容形成・権利行使の制限——

関西学院大学大学院法学研究科  
博士課程後期課程大学院研究員

山田 孝紀

2018年11月

## 【目次】

第1章 序論 .....	4
第1節 日本民法における比例原則の議論状況と問題の所在 .....	5
第2節 分析の視点と論文の構成 .....	13
第2章 ドイツ民法における比例原則の一般理論 .....	17
第1節 比例原則の行政法上の生成と憲法・労働法領域への展開 .....	17
第2節 比例原則の民法領域への展開 .....	23
第3節 民法における比例原則の基礎づけと個別原則の内容 .....	30
第4節 小括 .....	69
第3章 約款条項の不当性判断 .....	74
第1節 緒論 .....	74
第2節 判例——約款使用者の相手方に制裁を課す約款条項の不当性判断 .....	75
第3節 学説——比例原則からみる約款条項の不当性判断 .....	81
第4節 約款条項の不当性判断における不均衡性・代替手段の考慮 .....	89
第4章 債務者の過大な負担に基づく給付拒絶 .....	95
第1節 緒論 .....	95
第2節 債務法改正前の議論状況と改正論議 .....	95
第3節 ドイツ債務法改正後における給付拒絶の議論状況 .....	104
第4節 給付拒絶における不均衡性・代替手段の考慮 .....	129
第5章 軽微な義務違反に基づく解除権の制限 .....	134
第1節 緒論 .....	134
第2節 ドイツ民法典 323 条 5 項 2 文の立法過程 .....	135
第3節 軽微な義務違反における解除権の制限と比例原則 .....	143
第4節 解除権の制限における不均衡性・代替手段の考慮 .....	159
第6章 ドイツ及び日本の契約法における比例原則 .....	165

第 1 節	ドイツの契約法における比例原則.....	165
第 2 節	日本の契約法における比例原則 .....	174
第 7 章	結章.....	197

## <初出一覧>

本稿は、これまでに発表した下記の論文と書き下ろし部分により構成される。

第3章から第5章の初出論文については、第2章の書き下ろし部分との関連性を踏まえ、全体の統一性や論旨の一貫性を図るための加筆・修正を行っている。

また第4章では、BGB275条2項の内容を明確化するために判例を書き加えるとともに、BGB439条4項（2018年1月1日施行）の改正に伴う記述も付加している。

これに加えて、初出論文において日本法の議論状況やドイツ法から得られる日本法への示唆を論じた部分を第6章第2節に移したため、初出論文と構成が異なっている。

【第1章】 書き下ろし

【第2章】 書き下ろし

【第3章】 「約款条項の不当性判断と比例原則——ドイツ法の検討と日本法への示唆」

法と政治 68 卷 3 号（2017 年） 61～114 頁（初出論文の目次：Ⅲ～Ⅳ1）。

【第4章】 「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」

法と政治 67 卷 4 号（2017 年） 129～191 頁（初出論文の目次：Ⅱ～Ⅲ）。

【第5章】 「比例原則からみる解除権の制限——ドイツ法との比較検討」

法と政治 69 卷 3 号（2018 年） 85～138 頁（初出論文の目次：Ⅱ～Ⅲ）

【第6章】 第1節 書き下ろし

第2節 「約款条項の不当性判断と比例原則（Ⅱ・Ⅳ2）」

「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠（Ⅰ・Ⅴ）」

「比例原則からみる解除権の制限」（Ⅰ・Ⅳ）

【第7章】 書き下ろし

## 第1章 序論

本稿の目的は、私人による契約の内容形成や権利行使の制限に際して民法における比例原則がどのように適用され、いかなる機能を果たすのかを解明する点にある。なぜこのような目的を設定するに至ったのか、最初に筆者の問題意識を簡潔に示しておきたい。

そもそも比例原則とは、日本では行政法や憲法などの公法領域を中心に論じられてきた概念である。公法は国家と私人との関係を規律し、国家の権力を制約することを主たる目的とする。そのため、公法における比例原則は、国家による私人に対する権力行使が私人の基本権を過度に侵害しないように国家の権力行使を制限する役割を果たしている。

このような議論状況に対して、本章第1節で述べるように、履行請求権の排除、過大な保証の制限、または催告解除の抗弁事由としての軽微性判断の場合など、民法領域において比例原則の採用可能性を指摘する見解がみられる。さらに、私法領域では、労働契約における解雇権の制限や保険契約における保険者の免責の場面でも比例原則に関する議論がみられる。こうした議論では、一方当事者による契約の内容形成や、一方当事者（私人）の他方当事者（私人）に対する権利行使を制限する際に比例原則が用いられているとみることができる。

上述の公法とは異なって、私法やその中核に据えられる民法は、私人間の権利義務関係を規律することを目的とする。そして、民法では、私的自治の原則に基づき契約の内容形成や権利行使が当事者の自由に委ねられるのが原則である。このような公法と私法・民法との差異を考慮すると、国家を対象とする比例原則と私人を対象とする比例原則ではその機能も異なることが想定されうる。そうすると、民法領域、特に私人による契約の内容形成や権利行使の制限に際して、比例原則はいかなる機能を有するのだろうか。これまでに私法・民法領域の一部で比例原則が議論の俎上に上がりつつある一方で、こうした根本的な問いは解明されていない状況にある。しかし、日本の民法における比例原則の採用可能性を検討し、同原則の解釈論を個別場面で展開するためには、民法における比例原則の機能とは何かという問題が明らかにされなければならない。

それでは、私法・民法領域において、私人による契約の内容形成や権利行使の制限に関する比例原則の検討が進んでいない理由はどこにあるのだろうか。それは、これまでの比例原則の研究が、上記議論の出発点であった国家による私人の権利行使の制限に焦点が当てられてきたことにあると考えられる。また、これまで民法領域で比例原則に言及される

ことがあっても、個別の場面に限定した議論にすぎなかったことも要因の一つとしてあげられよう。そこで、本稿では、これまでの先行研究とは異なって、まずは民法における比例原則の一般理論を検討する。そして、その一般理論との関係を踏まえつつ、個別場面において比例原則がどのように具体化されているのかを探ることにしたい。こうした研究手法を採用するにあたって、有益な視点を提供するのがドイツ法の議論状況である。ドイツ法では、民法領域における比例原則の議論の蓄積がみられるところ、民法における比例原則の一般理論を構築する多くの見解があり、その一般理論を意識しつつ契約法の主要場面において比例原則の解釈論が展開されているとみうる。そのため、本稿では、契約の内容形成や権利行使の制限に際して比例原則がいかなる場面でどのような機能を有するのかという問題を解明するために、ドイツ民法における比例原則の議論状況を適確に描き出す。そして、ドイツ法を踏まえて、日本法の契約法における比例原則について検討する。

以下では、本論に入る前にこれまでの日本の議論状況を整理することにより議論の到達点と問題の所在を具体的に示す。その上で、ドイツ法を検討する必要性を明らかにし、最後に本稿の構成を示す。

## 第1節 日本民法における比例原則の議論状況と問題の所在

### 1 私法・民法領域における比例原則の議論

上述の本稿の目的をより具体的に明らかにするために、まずは比例原則をめぐる日本の議論状況をみておきたい。

#### (1) 国家による私人に対する権利行使の場面

そもそも比例原則とは、「目的と手段の均衡を要求する法原則」<sup>1</sup>とされる。その内容には、①手段が目的達成のために適合的か、②目的達成のために必要最小限度の手段か、③侵害される利益が達成される利益と均衡しているか（狭義の比例原則）の3つの原則が含まれるとするのが通例であるとされる<sup>2</sup>。

---

<sup>1</sup> 高橋和之ほか編『法律学小辞典』（有斐閣、第5版、2016年）1118頁。

<sup>2</sup> 高橋・前掲注(1) 1118頁。

比例原則は、19 世紀後半のドイツ警察法に淵源を有し<sup>3</sup>、今日ではドイツだけでなく、日本においても行政の権力活動一般に妥当する原理として理解されている<sup>4</sup>。さらに、同原則は、憲法<sup>5</sup>、刑法<sup>6</sup>、民事訴訟法<sup>7</sup>などの公法領域においても、国家が私人の基本権を過剰に侵害しないように国家の権力行使を制限するために機能してきた。比例原則は過剰介入の禁止と同義とされるところ、過剰介入の禁止も「国家」が私人の基本権に過剰に介入してはならないとする原則と定義づけられている<sup>8</sup>。

民法領域でも、裁判所による判断が私人の基本権を過度に侵害しないように、その判断を制限するために比例原則の活用が試みられている。例えば、AB 間で B により A の基本権を制限する契約が締結され、当該契約が公序良俗に反する否かが争われたとする。その際、国家機関としての裁判所が A の基本権を保護するために公序良俗規範を適用することが、B の基本権に対する過剰介入にならないかが問題になるとし、過剰介入の禁止に関する判断枠組みとして比例原則を用いる見解がある<sup>9</sup>。また裁判所が、取締法規に違反する行為の私法上の効力を否定することが、当事者の基本権を過度に制約し、過剰介入の禁止に

---

<sup>3</sup> 須藤陽子『比例原則の現代的意義と機能』（法律文化社、2010 年）5 頁。

<sup>4</sup> 行政法領域の代表的研究として、山下義昭「『比例原則』は法的コントロールの基準たりうるか——ドイツにおける『比例原則』論の検討を通して（一）—（三）」福岡大学法学論叢 36 卷 1・2・3 号（1991 年）139 頁・同 38 卷 2・3・4 号（1994 年）189 頁・同 39 卷 2 号（1995 年）243 頁、高木光「比例原則の実定化——『警察法』と憲法の関係についての覚書」芦部信喜先生古希祝賀『現代立憲主義の展開・下巻』（有斐閣、1993 年）213 頁、須藤・前掲注(3)がある。

<sup>5</sup> 宇賀克也『行政法概説 I』（有斐閣、第 4 版、2011 年）53 頁によると、比例原則は、アメリカの違憲審査に用いられる「より制限的でない代替手段（LRA）」の法理（ある目的を達成するために、規制効果は同じであっても被規制利益に対する制限の程度がより少ない代替手段が存在する場合には、当該規制を違憲とする法理）と同様の理念に基づくものとされる。憲法に関する代表的研究として、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会、2001 年）54 頁以下、小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社、2009 年）、柴田憲司「憲法上の比例原則について(1)～(2・完)」法學新報 116 卷 9・10 号 183 頁、116 卷 11・12 号 185 頁（2010 年）がある。

<sup>6</sup> 萩原滋「刑罰権の限界としての比例原則(1)～(2・完)」愛知大学法学部法経論集 155 号（2001 年）1 頁・同 156 号（2001 年）31 頁、樋口亮介「注意義務の内容確定基準：比例原則に基づく義務内容の確定」刑事法ジャーナル 39 号（2014 年）48 頁以下。

<sup>7</sup> 民事訴訟法では、代表的な研究として、石川明「強制執行における比例原則——ドイツと比較して——」判タ 1021 号（2000 年）62 頁以下、同『ドイツ強制執行と基本権』（信山社、2003 年）がある。

<sup>8</sup> ドイツ憲法判例研究会・栗城壽夫編『ドイツの憲法判例 II』（信山社、2008 年）551 頁。

<sup>9</sup> 山本敬三『公序良俗の再構成』（有斐閣、2000 年）209 頁、特に 218 頁以下〔初出 1999 年〕（以下、『公序良俗』と略称する）。



なるかどうかを判断する際にも比例原則の有用性が指摘される<sup>10</sup>。これらの場面においても、比例原則は「国家による」私人への権利行使を制限する法理として機能してきた。

## (2) 私人による契約の内容形成や権利行使の制限に対する比例原則の適用

一方、近時の議論をみると、比例原則が上述の「国家による」私人に対する権利行使の制限の場面とは異なり、私法や民法の各種場面において「私人による」契約の内容形成や権利行使の制限に際して現れているとみうる。以下では、場面ごとにその内容を概観していく。

まず履行請求権の限界事由の根拠として、ドイツ民法で議論される比例原則に言及し、同原則の日本法への採用可能性を指摘する見解がある。ドイツでは、伝統的な理解によれば、債権者は契約に基づき債務者に履行を請求できる。しかし、債務者が給付を遂行するために過大な負担が生じることがある。こうした場合、ドイツ民法（以下、BGB と称する）275 条 2 項<sup>11</sup>によれば、債権者が給付から得られる利益と給付の遂行に要する債務者

---

<sup>10</sup> 山本敬三・前掲注(9)『公序良俗』252 頁以下。診療契約の締結義務を定める医師法 19 条 1 項に基づき、意思に対する間接強制が認められるか否かを判断する際に比例原則を用いる見解として、前田達明「医療契約について」京都大学法学部百周年記念論文集刊行委員会編『京都大学法学部創立百周年記念論文集 第 3 巻 民事法』（有斐閣、1999 年）112 頁以下。千葉恵美子「規制改革と契約法——郵便法免責規定違憲判決を契機として」法政論集 201 号（2004 年）413 頁以下は、郵便配達サービス契約における締約強制が国家による市民の契約自由への介入になるかどうかを判断する際に比例原則を用いる。谷江陽介『締約強制の理論——契約自由とその限界』（成文堂、2016 年）141 頁では、放送法 64 条 1 項に基づき契約の強制的締結を認めることは、国家が私人（受信者）の契約締結の自由を制限することを意味することから、当該制限が許容されるか否かを判断する枠組みとして比例原則の有用性を指摘する。

<sup>11</sup> 【BGB275 条】（給付義務の排除）

2 項「債務者は、信義誠実や債務関係の内容を考慮して、給付から得られる債権者の利益に比して債務者に著しく不均衡な費用が生じる限りで給付を拒絶することができる。債務者に期待されるべき努力を確定する際には、給付障害が債務者の責めに帰すべき事由であるか否かが考慮されなければならない」。

本稿において登場するドイツ民法総則・ドイツ債務法の条文訳に際しては、以下の文献を参照した。

椿寿夫・右近健男編『ドイツ債権法総論』（日本評論社、1988 年）、右近健男編『注釈ドイツ契約法』（三省堂、1995 年）、下森定＝岡孝編著『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』（法政大学出版局、1996 年）、岡孝編『契約法における現代化の課題』（法政大学現代研究所、2002 年）「ドイツ債務法現代化法（民法改正部分）試訳」181 頁以下、法務省民事局参事官室（参与室）編『民法（債権関係）改正に関する比較法資料』（別冊 NBL No.146）（商事法務、2014 年）、山口和人「ドイツ民法 I（総則）」（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015 年 3 月）

[http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_9214781\\_po\\_201401d.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_9214781_po_201401d.pdf?contentNo=1) 山口

の負担との間に著しい不均衡が生じる場合には、債務者は給付を拒絶することができる。それでは、なぜ債務者は給付を拒絶しうるのか。この問題に関して履行請求権の限界事由の観点から検討し、同請求権の排除の正当化理由が「比例原則」<sup>12</sup>や「比例原則」の現れである権利濫用の思想<sup>13</sup>に求められるとの見解が提唱されている。この比例原則とは、

「法律上の権利の行使が、権利の目的を達成するために必要な手段であること、また、その目的と手段が均衡を逸していないこと、つまり、ある権利行使が他者に対して過度の損害を及ぼすものであってはならないことを要請する私法の基本原則」と定義される<sup>14</sup>。その上で、「債権者の給付利益と債務者の出費に着目する比例原則は、日本法において一般に承認されているものとはいいい難く、その採用の可否について日本法の体系に即した検討を行う必要がある」との留保を示しつつも、その採用可能性が指摘される。すなわち、

「伝統的通説が『履行不能』の存否を判断する際に考慮すべきだと主張してきた、履行に必要な労力および出費、履行が債権者にもたらす利益といった要素が、ドイツ法において示されていた『履行請求権の限界』の判断基準と極めて類似している」ことから、日本法下で「同様の正当化原理を採用する可能性は十分にあるように思われる」との評価がなされる<sup>15</sup>。この見解を展開して、日本法の信義則の場面では「形式的・外形的に存在する権利・法的地位を主張することが、権利者が得る利益と比べて著しく大きな不利益を相手方に生じさせることを理由に認められない場合」があるところ、権利・法的地位の主張が排斥される根拠を「比例原則に求めることができるだろう」との考えが示されている<sup>16</sup>。

---

和人「ドイツ民法Ⅱ（債務関係法）」（国立国会図書館調査及び立法考査局、2015年6月）[http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo\\_9422638\\_po\\_201506.pdf?contentNo=1](http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_9422638_po_201506.pdf?contentNo=1)。

<sup>12</sup> 吉政知広『事情変更法理と契約規範』（有斐閣、2014年）〔該当箇所の初出2003～2004年〕254頁。

<sup>13</sup> 吉政・前掲注(12)262頁。比例原則に言及する論稿として、大原寛史「ドイツにおける事実的不能の位置づけ——ドイツ民法275条2項をめぐる議論を中心に——」同志社法学第61巻6号（2010年）80頁、91～92頁。同「契約責任法の改正と履行不能——履行不能の判断基準と契約規範との関係性」加藤雅信先生古稀記念『21世紀民事法学の挑戦 下巻』（信山社、2018年）71頁においても、ドイツの給付拒絶権は、「債権者が給付に固執することによって必要となる過大な費用を債務者が甘受する必要はないという思想、すなわち権利濫用の思想（比例原則(Verhältnismäßigkeitsprinzip)の現れの一つ）により正当化されるもの」であると指摘する。

<sup>14</sup> 吉政・前掲注(12)249～250頁。

<sup>15</sup> 吉政・前掲注(12)262頁。

<sup>16</sup> 山野目章夫編『新注釈民法(1)総則(1)』（有斐閣、2018年）157頁〔吉政執筆〕。

次に、無効な約款条項の変更についてもドイツの比例原則の視点から分析する研究が現れている<sup>17</sup>。同研究の関心は、約款条項が不当条項規制により無効と判断された場合に、当該無効条項を約款使用者が変更する「権利」ないし「義務」があるのか、という問題にある。この研究によると、約款使用者に約款を変更する義務（オプリーゲンハイト）を肯定すべきか否かを判断する際にドイツ法で考慮される、①条項無効の認識可能性、②オプリーゲンハイト自体の認識可能性、③変更手続きに伴う約款使用者のコストとリスク、④契約相手方を保護するための別の手段との比較といった要素は、比例原則の枠組みによって整理することができるとの指摘がなされる<sup>18</sup>。

さらに、保証の場面でも比例原則への注目が集まり、日本における債権法改正論議では「比例原則」を採用する動きがみられた<sup>19</sup>。改正論議において比例原則が言及される際に参照されていたのは、フランス法の議論である。フランスの民法学者である Mazeaud の見解を紹介した論稿によると、契約法上の新しい概念とされる比例原則は、「契約上の権利・給付間に著しい不均衡があつて、それが契約の成立ないし構想段階において存在した不平等な力関係によってしか説明できないような場合に、当該不均衡を禁止するもの」と定義される<sup>20</sup>。この概念は、「近時判例が、契約における均衡の実現のために用いる一般条項の一つ」<sup>21</sup>と理解されているが、フランスにおける比例原則の採用に対しては、消極的な意義づけを与える見解もみられる<sup>22</sup>。フランス保証法の比例原則は、過大な保証債務

---

<sup>17</sup> 武田直大「無効な約款条項の変更(1)~(3)」阪大法学 68 巻 1 号 107 頁・2 号 287 頁・3 号 591 頁（2018 年）。

<sup>18</sup> 武田・前掲注(17)「無効な約款条項の変更」(3)615 頁によると、①と②の点は、適合性の原則（約款使用者の約款変更という手段が真の契約内容の迅速な明確化という目的に適合しているか）、④は必要性の原則（より低負担な保護措置があるにもかかわらず、変更義務を課す必要があるか）、③は均衡性の原則（約款使用者への約款変更の負担が契約内容の迅速な明確化という目的と均衡しているか）が問題とされていると分析する。

<sup>19</sup> 【民法（債権関係）の改正に関する中間試案】

第 17 保証債務 6 保証人保護の方策の拡充(4)イ

「保証契約を締結した当時における保証債務の内容がその当時における保証人の財産・収入に照らして過大であったときは、債権者は、保証債務の履行を請求する時点におけるその内容がその時点における保証人の財産・収入に照らして過大でないときを除き、保証人に対し、保証債務の〔過大な部分の〕履行を請求することができないものとする」。

<sup>20</sup> 金山直樹『現代における契約と給付』（有斐閣、2012 年）8～9 頁〔該当論文の初出 2005 年〕。

<sup>21</sup> 森田修『契約規範の法学的構造』（商事法務、2016 年）では、Mazeaud の見解によってこのように説明する。

<sup>22</sup> 森田修・前掲注(21) 580 頁で紹介される Mazeaud の見解によれば、「比例性」原理はコーズや信義則に基づく「誠実性」の原則に回収されることからわざわざ用意する必要は

を制限することによって保証人を保護する法理として注目され<sup>23</sup>、日本の債権法改正において導入が検討された。しかし、過大性の判断が困難であることや資金調達の阻害が懸念されたことから明文化されるには至らなかった<sup>24</sup>。そのため、保証法における比例原則の導入可能性は今後の解釈に委ねられることになり、議論の必要性が残されている。

他方で、日本の消費者契約法 10 条に基づく契約条項の無効判断においても、比例原則の個別原則の一つである「均衡性の原則」の適用可能性が指摘されている。同条は、当事者が定めた条項が、任意規定に比して「消費者の権利を制限し又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項であつて、民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して消費者の利益を一方的に害する」とときには、当該条項を無効である旨を定める。この無効判断に際しては、「その条項を有効にすることにより消費者が受ける不利益と条項を無効にすることによって事業者が受ける不利益」が「『均衡性の法理』により判断」と説く見解が示されている<sup>25</sup>。

このほかに、日本法では改正民法の解除の場面でも比例原則を考慮する見解が登場している。改正民法 541 条ただし書では、当事者の一方による債務不履行に対して、相手方が

---

ないこと、またその概念が不明確であり法的安定性を害するとされ、あくまで例外的な位置づけしか認められないという。

<sup>23</sup> 能登真規子「保証人の『過大な責任』——フランス保証法における比例原則」法政論集 227 号（2008 年）371 頁以下、大澤慎太郎「フランスにおける保証人の保護に関する規定の生成と展開(1)～(2)」比較法学 42 巻 2 号 47 頁・42 巻 3 号 25 頁（2009 年）、同「フランス法における過剰な保証に関する規律の交差——比例原則と警告義務との関係を中心に」田井義信編『民法典の現在と近未来』（法律文化社、2012 年）154 頁、山野目章夫「フランス個人保証法における比例原則の考え方」中小商工業研究 117 号（2013 年）110 頁、野澤正充「フランスの保証法制と民法（債権関係）の改正」立教法務研究 7 号（2014 年）107～109 頁。

<sup>24</sup> 第 192 回国会法務委員会第 13 号では、比例原則や裁判所による責任の減免の仕組みにつき、破産などの手続によらずに裁判所が保証人の資産状況を適切に把握することは困難であり、また、過大かどうかの基準の設定も容易ではないこと、あるいは、保証人の責任が事後的に減免されることがあるとなるとその可能性を念頭に融資せざるを得なくなり、保証により主債務者の信用を補完するという機能が低下し、その結果、保証人を付しても融資を受けることができなくなるなど、円滑な資金調達に支障が生ずるおそれがあることなどの問題をあげる。そして、「これに反対する意見も強く」あり、法制審議会においてはこのような議論を経た上で、「円滑な資金調達に支障が生ずる懸念を払拭することができないことを重く見まして、最終的には、裁判所が事後的に保証債務を強制的に減免するなどの責任制限の制度を設けることとしなかった」と説明されている（法務省民事局長小川秀樹政府参考人発言）。

<sup>25</sup> 山本敬三「消費者契約立法と不当条項規制」NBL688 号（2000 年）23 頁（以下、「消費者契約立法」と略称する）。中田邦博「消費者契約法 10 条の意義」法セミ（2000 年）39 頁は、「消費者契約法における信義則の要請とは、立法趣旨からして消費者と事業者の情報格差・交渉力格差を是正する原理としての均衡性原理にもとづくもの」とする。

相当の期間を定めて履行の催告をし、その期間の経過時における不履行が「契約及び取引上の社会通念に照らして軽微である」ときは、相手方は契約を解除することができない旨を定める。それでは、この軽微性とはどのように判断するのだろうか。この点につき、「不履行が『軽微』か否かは、債務者にとって追完・追履行に要するコストと、相当期間経過後も本旨に従った履行を受けられないことによる債権者の不利益とを——比例原則（過剰介入禁止・過小保護禁止）の視点から——比較衡量したときに、履行の追完・追履行に過分の費用を要するため、契約への拘束から離脱することに向けられた債権者の解除の主張が過大なものと評価されるかどうかという観点から判断されるべき」<sup>26</sup>との主張がなされる。このように、改正民法における催告解除の可否を判断するにあたっては比例原則の重要性が指摘されている。

さらに、民法以外の私法領域に視野を拡げると、日本の労働法の解雇回避努力義務に関してもドイツ法に由来する比例原則を重視する見解がみられる<sup>27</sup>。その見解によると、ドイツ法では、解雇法の領域において比例原則を認める見解が学説・判例において支配的であるとされる。同原則が解雇法で適用される理由につき、ドイツの **Preis** によれば<sup>28</sup>、解雇権が一方的に自己の利益を実現する形成権の性格を持つために、比例原則の適用が法的に基礎づけられるという<sup>29</sup>。私法秩序は、私法関係の当事者に適正な利益調整の可能性を保障するところ、形成権能を有する者が全く一方的に自己の利益を貫徹する場合、適切な利益調整の可能性が失われうる可能性が大きい。そのため、比例原則の適用により労使の利益調整が図られているとする<sup>30</sup>。その上で、日本においても「解雇は、使用者が自己の利益を一方的に実現する形成権行使の性格を有する」ため、「比例原則的な思考の導入によって解雇回避義務の内容を検討することには十分に意義がある。つまり比例原則は、信

<sup>26</sup> 潮見佳男『新債権総論Ⅰ』（信山社、2017年）567頁。

<sup>27</sup> 藤原稔弘「第一八条の二（解雇）」金子征史・西谷敏編『基本法コンメンタール・労働基準法』（日本評論社、第5版、2006年）100頁以下。

<sup>28</sup> Ulrich Preis, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, 1987, S.265f.（以下、*Prinzipien* と略称する）この見解については、第2章第3節 2(1)a で詳しく紹介する。

<sup>29</sup> **Preis** の見解を紹介する論稿として、細谷越史「ドイツにおける労働者の行動・態度に関する解雇法理の展開と日本法への示唆」法学雑誌 64 卷 1 巻・2 巻（2018 年）115 頁以下。同論稿では、「弱い立場にある当事者の自己決定が、その相手方が自身の利益を立場の弱い当事者に負わせる形で貫徹しうる状態にあることにより、危険にさらされる場合は常に比例原則の適用が問題になりうる」とする **Preis** 説を紹介し、比例原則の個別原則である必要性の原則から導き出される解雇回避手段について検討が加えられている。

<sup>30</sup> **Preis**, *Prinzipien* (Fn.28), S.285ff.

義則上要請される解雇回避努力義務が尽くされ、労使の適正な利益調整が行われたかどうかの判断基準として、重要な意味を持つと解しうる」<sup>31</sup>との評価がなされている。

他方で、保険法領域では、被保険者の告知義務違反に対する制裁として保険者の免責の効果を認めるべきか否かという問題について比例原則の有用性が指摘されている。具体的には、被保険者が正しく告知をしていたら代わりに存在した契約内容の存在を考慮せずに一律に保険者免責とすることは、「達成されるべき目的と、そのために取られる手段としての権利・利益の制約との間に均衡を要求する比例原則の見地からは、過剰な制裁であると考えられる」との指摘がなされる<sup>32</sup>。また告知義務違反に関しては、ドイツ法の判例が「比例原則」を考慮していることを示す論稿がある<sup>33</sup>。さらに、比例原則という用語ではないものの、善意の不告知の際に、「保険者が全ての、かつ正確な告知を受けていた場合に支払われるべき保険料に対する、実際に支払われた保険料の割合で保険金を減額して支払う」考え方である「比例減額主義」の是非が議論されている<sup>34</sup>。

## 2 問題の所在

上記 1(2)からすると、ドイツ法やフランス法の影響を受けつつ、履行請求権の限界事由や約款の変更、過大な保証の制限、消費者契約法 10 条の無効判断、契約の解除権の制限、労働法における解雇権の制限、保険契約における保険者の免責といった多様な私法領域で比例原則が議論の遡上に載せられていることが分かる。そして、これらの議論からは、公法における比例原則と異なる点を指摘しうる。それは、私法領域では、比例原則が国家による私人への過剰な権利行使の制限に向けられているのではなく、同原則が私人に

---

<sup>31</sup> 藤原・前掲注(27)101 頁。

<sup>32</sup> 木下孝治「告知義務違反の事実たる不整脈と死因の因果関係（東京高判平成 22 年 5 月 20 日、東京地判平成 21 年 11 月 9 日）」保険事例研究会レポート 261 号（2012 年）18～19 頁は、不告知事実と保険事故の因果関係がない場合に、保険者が契約を解除したとしても保険者の免責を認めない「因果関係不存在特則」に対する懐疑論の視点からこのように述べる。同論稿では、「契約法上のデフォルトの規律の合理性を探り、論証しようとする次元において、達成されるべき目的と、そのために取られる手段としての権利・利益の制約との間に均衡を求めることは、明示的に比例原則を掲げていなくとも、信義則、特段の事情等の解釈テクニックによるものも含めて、至るところで行われていること」から、比例原則を持ち出すこと自体を排斥することは困難であると評する。

<sup>33</sup> 石上敬子「保険契約者の行為義務違反をめぐる原理(Alles-oder-Nichts-Prinzip)の現代的意義（その 1）」損害保険研究 68 巻 2 号（2006 年）126 頁では、被保険者の告知義務違反があった場合でも、「判例は、信義誠実の原則、比例原則あるいは実質的正義の要請を考慮して、給付免責が生じない場合があることを認めている」とする。

<sup>34</sup> 中村雅人「比例減額主義に関する一考察」松山大学論集 11 巻 6 号（2000 年）51 頁。

よる契約の内容形成や権利行使の制限に際して問題とされているということである。例えば、履行請求権の限界事由に関する議論では、比例原則は「ある権利行使が他者に対して過度の損害を及ぼすものであってはならないことを要請する私法の基本原則」と解されていた<sup>35</sup>。この例からも示されるように、比例原則は、一方当事者（私人）から他方当事者（私人）の契約の内容形成や権利行使の制限に関して用いられているといえよう。

それでは、比例原則がなぜ私人の契約の内容形成や権利行使の制限に際して適用されるのだろうか。比例原則の基礎づけに関しては、近時、労働法領域において当事者が一方的に自己の権利を貫徹する状態にある場合に比例原則の適用を肯定する見解が紹介されているところ、民法では同様の論拠が妥当するの否かについてもより詳細な検討が必要となる。さらに、この基礎づけを踏まえて、比例原則が民法領域でいかなる機能を有するのかという点も問題となる。給付拒絶や保証など一部の場面では比例原則の機能が明らかにされつつあるが、その他の場面では比例原則がいかなる機能を有しうるのかは未だ不明確な状況にあることから、検討の必要性が残されているといえる。

このように日本法では、比例原則が私法や民法領域の個別の法制度を議論する際に一部で紹介されてきた。しかし、これまでの比例原則の研究では、民法における比例原則の機能とは何かという問題が正面から検討されていない。日本民法において比例原則を採用する見解は一般的ではないが、その要因は比例原則の本質が解明されていないことにありと考えられる。本章冒頭において指摘したように、日本民法の個別場面において比例原則の解釈論を展開するためには、まず私人による契約の内容形成や権利行使の制限に際して比例原則がどのように適用され、いかなる機能を有するのかが明らかにされるべきではないだろうか。そして、この比例原則の本質を解明することは、日本の民法領域のみならず、労働法や保険法等の私法領域において同原則を用いる際の基礎理論を提示する可能性を包含する点でも重要な意義を有すると考えられる。

## 第2節 分析の視点と論文の構成

### 1 ドイツ法を検討する意味

---

<sup>35</sup> 吉政・前掲注(12) 249～250 頁。

上述第1節2の問題の所在を踏まえて、本稿では、契約の内容形成や権利行使の制限における比例原則の機能を明らかにするために、ドイツ民法、特に契約法における比例原則の議論状況を詳細に整理・検討する。そして、その検討結果を踏まえて日本法への示唆を得たい。本稿においてドイツ法を比較検討の題材に据える理由は、次の通りである。

ドイツでは、比例原則の議論が公法領域のみならず私法・民法領域でも展開されており、特に学説上では活発な議論がみられる。判例上も目的と手段の比例原則が民法全体に行き渡る旨が判示され<sup>36</sup>、その重要性が確認されている。そして、ドイツ法では、個別場面のみならず、私法・民法領域では比例原則の一般理論に関する議論の蓄積がみられる。さらに、この一般理論としての比例原則が個々の場面で具体化された結果、契約法の主要な場面でも同原則が契約の内容形成や権利行使の制限を判断する際に用いられているといえる。私法・民法領域においてこのような展開を遂げているドイツの議論からは、日本民法の個別場面で比例原則を展開し、その結果、日本法においても比例原則の一般理論を構築する可能性を示す点で有益な示唆を得ることができると考えられる。

それでは、ドイツ法から具体的にどのような示唆を得ることができるのか。この点は、本論において詳述される事柄である。ただし、比例原則に関する議論が不十分な日本法において議論を喚起するために、多少結論を先取りしてでも、その内容を述べておきたい。

第3章以降で詳述するように、ドイツの民法領域では、比例原則の個別原則のうち、①均衡性の原則及び②必要性の原則を用いる見解が多数を占めている。前者は、利益と不利益、義務と制裁、目的と手段等を衡量する手段であるところ、両者の間に不均衡・不相当があってはならないという意味として捉える見解が多数を占める。後者は、目的を達成するために複数の適合的な手段がある中で相手を最も侵害しない手段をとらねばならない、あるいはより緩やかな手段をとることを要請する原則と理解される。これらの2つの原則が、契約の内容形成や権利行使の制限に際して作用しているとみうる。

このドイツ法の議論状況に照らしてみると、日本法においても比例原則という名称ではないものの同様の視点を見出すことができる。第6章で詳述する通り、約款条項の不当性を判断する際には、約款使用者の利益とその相手方の不利益との不均衡性が考慮されている。また学説の一部見解や判例では、約款使用者が約款条項により達成しようとした目的が、消費者に与える不利益が必要最小限度の手段か否かという点を考慮する試みがみられ

---

<sup>36</sup> BGHZ 100,60.



る。もっとも、消費者に不利益の少ない手段の存在と不利益の均衡性との理論的な整理の必要性が今後の課題として指摘されている<sup>37</sup>。さらに日本法の履行不能の判断では、多くの見解で債権者の利益と債務者の不利益との不均衡性が基準とされている。これに加えて、一部の学説では債権者の利益が損害賠償といった他の手段で満足しうるか否かを考慮する見解がある<sup>38</sup>。ただし、その理論的な根拠は説明されてはいない。比例原則からは、こうした日本法の履行不能の判断枠組みを構築する際にも示唆に富む視点が得られる。契約の解除権の制限では、解除により得られる利益と解除権者の相手方の不利益との衡量、解除権者が解除以外の代替手段で利益を満足しうるかどうかという要素が考慮されており、その視点が改正民法の規律にも反映されているとみうる。これらの日本法の状況をドイツ法と比較検討してみると、日本の民法においても契約の内容形成や権利行使の制限を判断する際に比例原則が考慮され、同原則が信義則や履行不能などの一般条項の判断の明確化や規範の形成に資するとの見解を提示することができるのではないだろうか。

このようにドイツ法を検討することは、ドイツ契約法における比例原則の根拠や適用場面・機能を紹介することにとどまらず、日本の民法における契約の内容形成や権利行使の制限の判断枠組みに新たな視点を示す可能性がある点で意義が認められる。以上の理由より、本稿ではドイツ法を比較検討の題材とする。

## 2 本稿の構成

ここまで述べてきたことを踏まえて、本論では次の手順で検討を進める。

第2章では、ドイツ民法における比例原則の一般理論を整理し、同原則がいかなる概念として理解されているのかを示す。この点を明らかにするために、まずはドイツ行政法において登場したとされる比例原則の生成過程や同原則の憲法や労働法への適用範囲の拡大の経緯をみる。これに続き、私法・民法における比例原則の重要性を確認した上で、民法上の比例原則に関する一般理論を検討する学説を詳しくみていく。そして、第3章以下ではこの比例原則の一般理論を踏まえて、ドイツ契約法で比例原則が問題とされる主要場面对象に同原則がいかなる機能を果たしているのかを検討する。ドイツでは、契約法領域で比例原則の議論が充実している場面として、約款条項の不当性判断、給付拒絶、契約の

---

<sup>37</sup> 潮見佳男編『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』（経済法令研究会、2001年）91頁〔松岡久和執筆〕。

<sup>38</sup> 潮見・前掲注(26)『新債権総論Ⅰ』285～286頁。

解除権の制限をあげることができる。そこで、まずはこれら契約の有効性・履行・終了過程の3つの場面を個別にみていきたい。

まず第3章では、約款使用者が定めた約款条項がその相手方にとって不当か否かを判断する際にどのように比例原則が作用しているのかを明らかにしていく。これに続く第4章では、給付拒絶の場面をみる。本章第1節2の議論状況でもふれたように、ドイツでは、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担との間に（著しい）不均衡がある場合には、債務者の給付拒絶を認める規定を設ける。その規定の形成過程や改正後の法状況においては、比例原則の議論がみられる。さらに、第5章では、契約の解除権の制限に関する議論をみていく。ドイツでは、債務者の義務違反が軽微なときには契約を解除することができないとする旨の規定があるところ、同規定の形成及び改正後の議論にも比例原則が影響しているとの指摘がある。このように、第3章から第5章までの個別場面では契約の内容形成や権利行使の制限に関して比例原則に言及する議論がある。ただし、第3章から第5章では個別場面に限定した議論であるために、比例原則の機能が詳細に述べられていない。そこで、第2章で示した比例原則の一般理論の視点から第3章から第5章までの個別場面を検討し、一般理論と個別場面がいかなる関係に立つのかを明らかにすることにより同原則の機能を明確化したい（第3章から第5章の第4節）。

これら契約法における比例原則の主要場面をみた上で、第6章第1節では、まずドイツ法の契約の内容形成や権利行使の制限に際して比例原則がいかなる機能を果たしているのかを検討する。これに続く第2節では、日本民法における比例原則について考察する。本章第1節1(2)でみたように、日本法では個別場面で比例原則の採用可能性を指摘する動きがみられる一方で、民法における比例原則の一般枠組みを構築する試みはみられず、その原則は一般的に承認されているとはいえない。こうした日本民法の状況を踏まえて、まずは日本法の個別場面において比例原則が採用されうるか否かを検討する。具体的には、第3章から第5章までに検討したドイツ法に相応する場面として、日本法の約款条項の不当性判断、履行不能、契約の解除権の制限に関して比例原則が採用されうるか否か、採用されうる場合にいかなる機能を有するのかを個別場面ごとに検討する。そして、最後に、これらの個別場面で比例原則が妥当しうることを明らかにすることを通じて、日本の契約法領域における比例原則の一般理論の構築可能性を示したい。

## 第2章 ドイツ民法における比例原則の一般理論

本章は、ドイツ民法の契約の内容形成や権利行使の制限に比例原則がいかなる機能を有するのかを明らかにするために、ドイツ民法における比例原則の一般理論を構築する見解をみる。そのことによって、比例原則がドイツ民法、特に契約法においていかなる概念として捉えられているのかを明らかにしたい。

まず、本章第1節では、比例原則が行政法において生成され、憲法・労働法領域へと適用範囲を拡大した経緯を確認する。なぜなら、本章第3節では民法における比例原則の一般理論をみるところ、民法領域の比例原則を議論する際にもドイツ公法学で使用されていた用語が使用されているほか、その影響を受けた見解がみられるからである。

次に、第2節では、第3節の検討の前提として、比例原則が公法領域だけではなく、私法・民法領域にも適用範囲を拡大し、重要な概念として理解されていることを確認する。その際には、第3節でみる学説の議論が抽象的であることから、具体的な判例をいくつか取り上げたい。

そして、第3節では、比例原則の一般理論を検討する学説の見解を客観的かつ詳細に整理していく。具体的には、学説ではまず私法・民法において比例原則がなぜ適用されるのかという基礎づけをめぐって議論が対立している。さらに、この基礎づけを踏まえて、比例原則を構成する個別原則の意義や適用の可否、比例原則の適用領域についても議論の対立が生じていることを指摘する。

最後に第4節では、第1節から第3節のうち、特に第3節を中心として本章から明らかにされたことを示す。

### 第1節 比例原則の行政法上の生成と憲法・労働法領域への展開

#### 1 ドイツにおける比例原則の生成・展開

##### (1) 比例原則の法的淵源

比例原則の法的な出発点は行政法にあるとされ<sup>39</sup>、1794年プロイセン一般ラント法第2部第17章第10条の警察法上の一般条項がその起源とされる。同条項では、「公共の平穩、安全及び秩序を維持し、公衆又はその個々の構成員に対する危険を防除するために必要な措置をとることを警察の職務とする」と定められていた<sup>40</sup>。1882年にプロイセン上級行政裁判所は、同条項において示されていた「必要な措置」を「必要最小限度の措置である」と制限的に解することによって警察活動の裁量を制限したといわれる<sup>41</sup>。

裁判所が警察活動の裁量を制限しようとした背景には、当時興隆していた自由主義国家思想が影響している<sup>42</sup>。18世紀から19世紀にかけてカントの影響の下、「あらゆる国家活動は、個々人の『自由』の保障を目的とする、あるべき『正しい』・『理性的な』法秩序によって拘束されている」という理性法論が定着していく。この考え方は、のちに制限的国家観の登場に寄与し<sup>43</sup>、この国家観から「国家は個々人の自由に対し、必要かつ相当な（比例的な）範囲を超えた制限を加えることは許されない」との観念が導かれる<sup>44</sup>。こうした文脈の中で登場した比例原則は、「必要性の原則」——必要最小限度の手段でなければならないとする原則——を意味するものであった<sup>45</sup>。この意味での比例原則は、1931年にはプロイセン警察行政法へと実定法化される。同法においても、国家の介入は、「必要最小限度」の範囲に維持しなければならないという自由主義国家思想が維持されていた。そして、この思想の影響を受けて、裁量統制の制限としての比例性の要請は警察法領域から次第に全行政法領域へと拡大をみせることになる<sup>46</sup>。

---

<sup>39</sup> 18世紀以後の発展の詳細については、Babara Remmert, *Verfassungs- und verwaltungs-geschichtliche Grundlagen des Übermaßverbotes*, Heidelberg 1995, S.8ff.; Michael Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1985, S.2ff.を参照。比例性という概念が最初に登場したのは、1802年のフォン・ベルクによるドイツ警察法の教科書であるとされる。この点は、山下・前掲注(4)

(一) 146頁を参照。クラウス・シュテルン著（井上・鈴木・宮地・棟居編訳）『シュテルン ドイツ憲法Ⅱ 基本権編』（信山社、2009年）308頁も参照。

<sup>40</sup> 高木・前掲注(4)215頁。

<sup>41</sup> 須藤・前掲注(3)65頁以下を参照。

<sup>42</sup> この点は、柴田・前掲注(5)(一) 223頁以下に詳しい。

<sup>43</sup> 柴田・前掲注(5)(一) 223頁。

<sup>44</sup> 柴田・前掲注(5)(一) 233頁。

<sup>45</sup> このことは、Lothar Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, Göttingen, 1981, S.3で指摘されている。山下・前掲注(4)(一) 147頁では、Hirschberg, S.6を参照して、「自由主義、法治国家原理そのものを否定したナチス期は別として、第二次世界大戦までは、比例原則とは——少数の例外はあるが——必要性の原則のみを意味するものであった」と説明する。

<sup>46</sup> 比例原則の発展については、Peter Lerche, *Übermaß und Verfassungsrecht, zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der*

## (2) 比例原則の憲法・労働法領域への展開

行政法上確立された比例原則が基本法においても登場したのは、1949年に西ドイツ憲法（ボン基本法）の制定がなされた後のことである。西ドイツ憲法では、1条3項において「基本権は、直接に適用される法として、立法…を拘束する」と規定したことで、比例原則が立法者をも拘束するか否かが論じられることになった<sup>47</sup>。さらに、基本法における法治国家論が国民の自由を保障する実質的法治国家論を意味するようになったこと、当時の自然法論の重視から同領域に思想的淵源をもつとされる比例原則に注目が集まり、比例原則が基本法上の地位を占めるか否かが論じられるようになった。

学説では1955年のKrauβの論文が、比例原則を基本法上の次元にも適用する要因になったとされる。その主張は、比例原則を「必然性の原則」と「狭義の比例原則（相当性の原則）」に分ける。そして、それらの両概念を含む比例原則を「広義の比例原則」と称した<sup>48</sup>。1961年のLercheの論文も比例原則が基本法上に妥当することを認める。Lercheは、広義の比例原則の下に必然性の原則と狭義の比例原則を置くことは紛らわしく適切ではないという理由から、広義の比例原則に代わってÜbermaßverbot（過剰介入の禁止）という概念を提唱した<sup>49</sup>。これに対し、Jakobsは、LercheがÜbermaßverbotの内容をなんら述べておらず、かえってその用語の使用はさらに混乱を招くと批判した<sup>50</sup>。このように用語に関する不一致はあったにせよ、学説では比例原則が基本法に妥当することは認められていた。

これらの学説の議論が影響を及ぼしつつ、比例原則の基本法への適用に決定的な影響を与えたのは判例であった。連邦憲法裁判所は、1954年に「目的と手段の間の比例原則」を

---

Erforderlichkeit, Köln, Berlin, München, Bonn, S.24ff.; Hirschberg, a.a.O. (Fn.45), S.2ff.; Remmert, a.a.O. (Fn.39), S.8ff.を参照した。

<sup>47</sup> 青柳幸一「基本権の侵害と比例原則」同『個人の尊重と人間の尊厳』（尚学社、1996年）340頁〔初出1985年〕。

<sup>48</sup> Rupprecht von Krauβ, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrechts, Hamburg, 1955, S.17.須藤・前掲注(3)15頁参照。

<sup>49</sup> 須藤・前掲注(3)16頁では「過度の禁止」と訳される。また同書によれば、LercheがÜbermaßverbot「上位概念」ではなく「上位表記」と位置づけたが、その後の学説はLercheの理解とは異なりÜbermaßverbotを狭義の比例原則と必然性の原則の上位概念とみなしたとされる。もっとも、上位表記とは何かについて、上位表記と上位概念との間にいかなる差異があるのかについては明確ではない。

<sup>50</sup> Lerche, a.a.O. (Fn.46), S.21.および須藤・前掲注(3)16頁。

明示し<sup>51</sup>、1958年の薬局判決でも比例原則を用いた<sup>52</sup>。同判決以降、連邦憲法裁判所は、基本権制限の合憲性審査について頻繁に比例原則を適用した。連邦憲法裁判所の判例では、「適合性の原則に独自の意義を認め、他の部分原則と区別して、措置の適合性を審理し、あるいは、必要性の原則の枠内で適合性も一緒に審理するように」になったとされる<sup>53</sup>。しかしながら、適合性及び必要性の原則を内容とする比例原則では、基本権の保障のためには不十分であった。なぜなら、国家が基本権を最も侵害しない手段を選択したとしても、それでも当該手段が基本権を侵害する重大なものであった場合に国家の措置を断念させることができなかったからである。そこで、比例原則の機能の拡大が要請された。その結果、学説・判例の議論を経て登場したのが、均衡性の原則（相当性・狭義の比例原則）である<sup>54</sup>。以上の経緯を辿って、1970年代に入り比例原則が3つの部分原則から成ることについて広く意見の一致がみられるようになった<sup>55</sup>。

さらに、同年代には比例原則の適用領域が労働法領域へと拡大した。具体的には、被用者による労働争議の許容性に関して争われた1971年4月21日の連邦労働裁判所(BAG)の判例では次のように示された<sup>56</sup>。すなわち、ストライキ及びロックアウトが労働争議への直接的関係者だけでなく、ストライキに参加していない者及びその他の第三者、公共の福祉と関わるために、「持続的な労働争議は、比例性の要請(Gebot der Verhältnismäßigkeit)の下にある。したがって、労働争議は最終手段(ultima ratio)でなければならない」と判示された。BAG1980年6月10日判決は、71年判決の枠組みを踏襲して比例原則の適用を肯定した。80年判決は、「BAGは、Übermaßverbotとder Grundsatz der Verhältnismäßigkeitを区

---

<sup>51</sup> 州議会に議席をもたない政党の署名必要数を定めるノルトライン＝ヴェストファーレン州選挙法20条2項2文が審査の対象となった。シュテルン・前掲注(39)310頁参照。

<sup>52</sup> BverfGE 7,377.同判決については、須藤・前掲注(3)19頁の文献を参照。

<sup>53</sup> 山下・前掲注(4)(一)148頁及びそこで引用されているHirschberg, a.a.O. (Fn.45), S.17ff.

<sup>54</sup> 山下・前掲注(4)(一)149頁及びそこで引用されているHirschberg, a.a.O. (Fn.45), S.14.

<sup>55</sup> 比例原則の3つの部分原則が明確に表現されたのは、1968年8月13日の信書、郵便および電気通信制度の制限に関する法律1章3条に対して提起された憲法異議申立事件における連邦憲法裁判所第一法廷決定である。同決定では、「比例原則によれば、本件で問題の基本権制限（戦略的監視）は、法益（ドイツ連邦共和国に対する武力攻撃の危険の適時の認識及び対処）を保護するために適合的でなければならない。加えて、制限は、必要でなければならない、より緩やかな手段で足りる場合には、必要性は認められない。最後に、制限は狭義において比例的でなければならないが、これは制限が基本権の重要性及び意義に対して適切な関係になければならないことを意味する」と判示された。シュテルン・前掲注(39)313頁。

<sup>56</sup> BAGE 23, 292

別しない。2つの名称は、適合性、必要性、均衡性のメルクマールを統合する同義の集合概念として理解される」と述べ、広義の比例原則＝「過剰介入禁止」と定式化した。さらに、同判決はLarenzの見解<sup>57</sup>を参照して、「比例原則は労働争議のみに受け入れられるものではなく、私法の上位に位置づけられた法原理(übergeordnetes Rechtsprinzip des Privatrechts)としてすでに長年公法のために開かれるように、最終的に全ての法秩序のために開かれるものである」と判示し、比例原則の適用領域の普遍性を確認した。

さらに、第1章第1節1(2)でみた日本法でもすでに知られている通り、解雇権の制限にも比例原則が適用されるに至った。このリーディングケースとされるBAG1978年5月30日判決は、解雇権の行使が比例原則から導かれる「最終手段の原則」の下に服すると述べた<sup>58</sup>。その後、BAG1980年2月22日判決では、解雇法における比例原則の適用が明確に肯定された。解雇権において同原則は、当初は労働者の義務違反が信頼領域(例えば窃盗、上司に対する重大な侮辱)や事業所領域(同僚労働者に対する暴力等が存在する場合)に限定して適用されていたが、近時の判例では給付領域に属する義務違反(無断欠勤、遅刻等)にも及んでおり、比例原則が一層重要性を増しているとされる<sup>59</sup>。

## 2 比例原則を構成する個別原則の用語

以上の連邦憲法裁判所や連邦労働裁判所の判例によれば、比例原則とは3つの個別原則から成るとみられること、比例原則と過剰介入禁止は同義語と理解されていたことが確認される。もっとも、学説では、個別原則の理解については不一致がみられた。のちに第3節でみるように私法・民法上の比例原則が議論される際にも同様の用語が使用されていることから、その議論をみる前に個別原則の内容を確認しておきたい。

まず、適合性の原則は、立法者によって採用された措置(手段)が、立法目的を達成するために適合的であることを要請するものである。措置が適合的であるとは、目的に対してその措置が完全に適合的であることを要求するものではなく、その措置が何らかの形で目的の達成に寄与すれば足りるとされている。つまり、連邦憲法裁判所の判例によれば、

---

<sup>57</sup> Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Springer Verlag, 1979, 4.Aufl., S.465.

<sup>58</sup> Preis, Prinzipien (Fn.28), S.257f を参照。同判決を紹介している邦語文献として、米津孝司「ドイツ解雇法理と法学方法論——評価法学と比例原則」法學新報 119 巻 5・6 号(2012 年) 656 頁も参照。

<sup>59</sup> 以上の判例の変遷については、藤原・前掲注(27)253 頁以下を参照した。

その措置が目的の達成に明らかに役立たないような「正に不適合」であるか否かが問題とされる<sup>60</sup>。

次に、必要性の原則は、連邦憲法裁判所の判例によれば、「複数の適合的な手段のうち、常に個人に最も侵害的でない手段を選択しなければならないこと」<sup>61</sup>や「同程度の目的達成に有効な手段のうち、制限的でないあるいはあまり制限的でない手段を選択しなければならないこと」<sup>62</sup>と定義される。この原則の核心は、「複数の適合性のある手段のうちで、最も穏健な手段が選ばれることとする点では広い一致がある」と理解されている<sup>63</sup>。必要性の原則に衡量を認めるか否かについては争いがある。例えば、比例原則が基本法上の原則として確立するまで衡量という作用が行われなかったとする見解がある一方、必要性の原則の不明確さゆえに必要性の名のもとで衡量が行われていた可能性があるとの指摘がある<sup>64</sup>。すなわち、必要性の原則には裁量の働く余地を限定する厳格な審査と、具体的な事案において必要な限度に幅があり一定の裁量が認められるやや緩やかな審査があると捉えられている<sup>65</sup>。後者の理解によれば、厳格ではなく利益衡量過程をある程度適正かつ客観的に制約する機能を有する必要性の原則があるという<sup>66</sup>。必要性の原則においても衡量が行われる結果、必要性の原則と後述の均衡性の原則との関係が明確でなくなるといふ問題が生じる。

最後に、均衡性の原則<sup>67</sup>（狭義の意味の比例性・相当性の原則）は、目的とそれに対してとられる手段の関係を衡量することを求める原則である。基本権に関する文脈でいえば、侵害理由たる立法目的と侵害対象たる基本権が衡量される。それでは、目的と手段と

<sup>60</sup> 例えば、BverfGE 19,330.; 33,171.; 39,210.; 40,196.を参照。

<sup>61</sup> BverfGE 20,292.; 37,1.

<sup>62</sup> BverfGE 25,1; 33,171; 40,196.

<sup>63</sup> 山下・前掲注(4) (一) 156 頁及びそこで引用されている Hirschberg, a.a.O. (Fn.45), S.57.柴田・前掲注(5) (一) 192 頁も参照。

<sup>64</sup> 柴田・前掲注(5) (一) 202 頁、231 頁。山下・前掲(4) (一) 159 頁以下、宍戸常寿「憲法解釈論の応用と展開人権・基本的な考え方(5)目的・手段審査」法セミ No.644 (2008 年) 84 頁も参照。

<sup>65</sup> 高木・前掲注(4)218 頁以下及び亘理格「憲法の解釈(第 21 回・Round7-2)違憲審査基準論利益衡量型司法審査と比例原則」法学教室 339 号 (2008 年) 43 頁、山下・前掲注(4) (一) 161 頁以下。

<sup>66</sup> 亘理・前掲注(65)44 頁。

<sup>67</sup> 均衡性の原則については *Verhältnismäßigkeit, Der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne, Angemessenheit* との表現がみられるところ、その原則は衡量の対象となった利益や法益などの「不均衡」を問題にすることから、本稿では「均衡性」と訳出する。また用語の統一化を図るため、原語からすると「狭義の意味の比例性」「相当性」の訳が妥当と思われる個所でも「均衡性」と訳すことがある。



の関係は相当でなければならないのか、それとも不相当・不釣り合いな手段であってはならないのか。この点、Krauβ と Lerche の定義が目的・手段関係に関する学説に大きな影響を与えたとされる。Krauβ によれば、「行為が絶対的に必要とする以上のものを要求し、個人の犠牲が公衆にとっての利益に対して際立って不釣り合いである場合」に、その手段は比例的でないという<sup>68</sup>。Lerche は、「均衡性の原則」をある手段の適用が目的の達成に対し不適切であってはならないことを要請するものと捉える<sup>69</sup>。これら以降の学説は両見解を参考にしており<sup>70</sup>、判例も目的と手段が「不相当」か否かを問題としている<sup>71</sup>。

## 第 2 節 比例原則の民法領域への展開

### 1 学説による比例原則の民法領域への適用

第 1 節でみたように、行政法領域で生成した比例原則は、憲法上の原則としての地位を有するに至り、さらに労働法の分野にも展開した。それでは、民法上では比例原則が問題とならないのであろうか。この点、Wieacker や Medicus は、思想的な淵源からは同原則が民法にも通用するとの注目すべき指摘をしている。さらに、Canaris も私人の権利行使を統制する際の比例原則の重要性を述べている。これまでの研究では民法上の比例原則に着目するものは少なく、その重要性は明らかにされてこなかった。そこで、第 3 節の学説の議論を詳しくみる前に、比例原則の民法領域への展開可能性を指摘する見解や民法上の比例原則の重要性を確認しておきたい。

#### a Wieacker, Medicus の見解

Wieacker は、「比例的な法適用の原理の歴史的な起源」という論文において<sup>72</sup>、比例原則の法思想的な淵源を探究する。その主張によれば、比例性の源泉(Quellström)は古代ギリシア・ローマの正義に求められるという。その正義は大別して、①報復を相当な程度に制限するという応報的正義(iustitia vindicativa)、②各人の能力や地位等その価値に応じて

<sup>68</sup> Krauβ, a.a.O. (Fn.48), S.16,18. 須藤・前掲注(3)43 頁。

<sup>69</sup> Lerche, a.a.O. (Fn.46), S.19,22f. 須藤・前掲注(3)44 頁。

<sup>70</sup> Krauβ と Lerche の影響を受けた他の見解については、須藤・前掲注(3)44 頁を参照。

<sup>71</sup> 例えば、BverfGE 7,407.; 13,118.; 28,374.; 39,270.

<sup>72</sup> Franz Wieacker, *Geschichtliche Wurzeln des Prinzips der verhältnismäßigen Rechtsanwendung*, Festschrift für Robert Fischer, Lutter Marcus, Stimpel Walter, Herbert Wiedemann, Berlin 1979, S.867.

ふさわしいものを与える配分的正義(iustitia distributiva)、③法が個人あるいは社会の利益に役立つものであることから、目的適合性及び目的・手段の関係によって法律上の手段の投入が制限されるという思想に分けられる。これらの正義の考え方が具体化された比例原則の規範として、暴利行為に関する BGB138 条 2 項<sup>73</sup>や違約金の減額に関する BGB343 条<sup>74</sup>のほか、物の緊急避難に関する BGB904 条<sup>75</sup>があげられる。

Wieacker によると、比例原則は過剰介入の禁止として解釈された場合、権利濫用と近い関係にあるという。ただし、比例原則と権利濫用は、次の点では区別されるとする。前者は、とりわけ私人あるいは公法上の権力の「事実上の行使」を制限する。これに対して、後者は、優越している個々または社会的な相手方の利益を通じた主観的な権利の「裁判上の追求」の制限を特に意味するという。そして、2 つの原理は、不確定な要素があり。法適用の予測性および安定性にとって一定の危険を有している点で共通しているとする<sup>76</sup>。

Medicus は、「私法における比例原則」という論稿において<sup>77</sup>、私法における比例性を「法的効果が判断されるべき事実及び追求された目的に対して相当である」とこととみる。つまり、特に法的効果は当該目的を達成するための適性(Eignung)が欠如しているべきではなく、不必要な厳しさを生じるべきではないという。そして、Medicus は、Wieacker の見解を引用して、比例原則が古代ギリシア・ローマ(Antike)に由来し、絶えずヨーロッパ私法を発展させる基礎を形成したとみる。Medicus によれば、比例原則は、ドイツ民法

---

<sup>73</sup> 【BGB138 条】（暴利行為）

2 項「特に、ある者が他人の窮迫、無経験、判断能力の欠如または意思の重大な薄弱に乗じて、自らまたは第三者に、給付と際だった不均衡にある財産的に有利な給付について約束または保証させる法律行為は無効である。」

<sup>74</sup> 【BGB343 条】（違約金の減額）

1 項「引き起こされた違約金があまりにも高い場合は、債務者の提案に応じてその違約金は判断を通じて相当な額に縮減される。相当性の判断に際しては、単なる財産利益だけでなく一切の債権者の正当な利益が考慮に入れられなければならない。違約金の支払い後は、引き下げは不可能である。」

<sup>75</sup> 【BGB904 条】（緊急避難）

「物の所有者は、自己の物が他人によって干渉を受けた場合において、その干渉が現実の危険を免れる必要であり、かつ、急迫する損害がその干渉によって所有者に生ずる損害と比べて不相当に大きいときは、その干渉を禁じる権能を有しない。所有者は、自己に生じた損害の賠償を請求することができる。」

ドイツ物権法の条文訳に際しては、ヴォルフ/ヴェレンホーファー（大場＝水津＝鳥山＝根本訳）『ドイツ物権法』（成文堂、2016 年）603 頁以下を参照した。

<sup>76</sup> Wieacker, a.a.O. (Fn.72), S.872.

<sup>77</sup> Dieter Medicus, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Privatrecht, AcP192 (1992), S.35.

でも BGB138 条 2 項、BGB228 条 1 項（防御的な緊急避難）<sup>78</sup>、BGB251 条 2 項 1 文（原状回復に代わる金銭賠償）<sup>79</sup>、BGB343 条、BGB 旧 633 条 2 項 3 文<sup>80</sup>・BGB 旧 651c 条 2 項 2 文（請負・旅行契約における追完拒絶）<sup>81</sup>及び BGB904 条 1 文、BGB950 条 1 項 1 文（加工による所有権の取得）<sup>82</sup>で具体化されているという<sup>83</sup>。

## b Canaris の見解

Canaris は、銀行による解約権を制限する方法を検討した論稿において、比例原則と同視される「過剰介入の禁止」について述べる<sup>84</sup>。その見解によれば、解約権を限定するための「市民にあるまじき行為の禁止」(incivilliter agere)という方法は、ドイツでは「比例性原理」(Verhältnismäßigkeitsprinzip)または「過剰介入禁止」と呼ばれうるという<sup>85</sup>。

---

<sup>78</sup> 【BGB228 条】（緊急避難）

「他人の物による急迫の危険に対して自己または他人を防衛するために、その物を援損または破壊する行為は、その致損または破壊が危険の防止に必要にして、かつ、その損害が危険に比較して不相当でない場合には、これを違法としない。行為者が危険の発生について有責である場合には、行為者は損害賠償の義務を負う。」

ドイツ不法行為法の条文訳に際しては、E.ドイチュ/H.-J.アーレンス（浦川道太郎訳）『ドイツ不法行為法』（日本評論社、2008 年）328 頁以下を参照した。

<sup>79</sup> 【BGB251 条】（期間設定のない金銭による損害賠償）

1 項「状態の回復が不可能または債権者の損害補填に不十分である限りにおいて、補填義務者は、債権者に対し、金銭で損害を賠償しなければならない。」

2 項「原状回復が過大な費用を要するときは、賠償義務者は金銭で賠償することができる。」

<sup>80</sup> 【BGB 旧 633 条】（修補；瑕疵除去）

2 項「仕事が前項に規定した性状を備えていないときは、注文者は、瑕疵の除去を請求することができる。この場合には、第 476 条 a が準用される。除去が不均衡な費用を必要とする場合には、請負人は、除去を拒絶することが正当化される。」

（なお、同規定は、1977 年 4 月 1 日の改正前までは第 2 文であったが、「476a 条が準用される」との規定が追加され、第 3 文に変更された）

<sup>81</sup> 【BGB 旧 651c 条】（除去）

2 項 2 文「旅行主催者は、除去(Abhilfe)が不均衡な費用を要する場合には、当該対策を拒絶することができる。」

BGB 旧 651c 条は 2017 年 7 月 17 日に改正され、新法が 2018 年 7 月 1 日に施行されている。

<sup>82</sup> 【BGB950 条】（加工）

1 項「一個もしくは数個の材料を加工または改造することによって新たな動産を製造した者は、その新たな物の所有権を取得する。ただし、加工または改造によって生じた価格が材料の価格と比べて著しく低いときは、この限りでない（以下、略）。」

<sup>83</sup> Medicus, a.a.O. (Fn.77), S.37.

<sup>84</sup> Claus-Wilhelm Canaris, Kreditkündigung und -verweigerung gegenüber sanierungsbedürftigen Bankkunden, ZHR 1979, S.113,128.（以下、ZHR と略称する）

<sup>85</sup> Canaris, ZHR (Fn.84), S.128.

そして、私法では善良の風俗違反に関する BGB138 条や BGB315 条<sup>86</sup>のように複数の過剰介入の禁止が存在するとみる。私法上も憲法において広められた用語を考慮して、過剰介入の禁止の概念を「必要性の原則」または「最も緩やかな手段の原理」及び「均衡性の原則」と関連付けることが当然であるとする<sup>87</sup>。Canaris は、これら 2 つの原則が私法上も重要な適用領域を有しているとして、次の例をあげる。まず、BGB 227 条 2 項<sup>88</sup>（正当防衛）や BGB 229 条<sup>89</sup>（自力救済）は、権利行使が必要性の原則によって限定される。また BGB 1020 条<sup>90</sup>（地役権の行使）には、必要最小限度の要請が存在する。狭義の意味の比例性（均衡性の原則）は、BGB 228 条及び BGB904 条（緊急避難）を制限し、BGB138 条や違約金の減額に関する BGB 343 条では法律行為の内容を制御する。さらに、同原則は、BGB251 条 2 項や BGB 旧 633 条 2 項 3 文に基づく原状回復または修繕請求権の主張も制限する<sup>91</sup>。

その上で、Canaris は、「必要性や均衡性の原則を通じて具体化された過剰介入の禁止は、私人の法的権能(Rechtsmacht)の一方的な行使を規律し、コントロールするための最も重要な手段である」との理解を示す。ただし、この概念は、法律上の規定が細分化され

---

<sup>86</sup> 【BGB315 条】（一方当事者による給付の決定）

1 項「給付が契約当事者の一方によって決定されるべき場合であって、疑いのあるときは、その決定は、公正な裁量に従って行わなければならないものと推認する。」

2 項「決定は、他方当事者に対する意思表示によって行うものとする。」

3 項「決定を公正な裁量に従って行うべき場合には、行われた決定が公正性に合致しているときに限り、他方当事者にとっても拘束力があるものとする。決定が公正性に合致していないときは、決定は、判決により行うものとし、決定が引き延ばされているときも同様とする。」

<sup>87</sup> Canaris, ZHR (Fn.84), S.129.

<sup>88</sup> 【BGB227 条】（正当防衛）

1 項「正当防衛によってなした行為は違法とはならない」。

2 項「正当防衛とは、現在の違法な侵害から自己または他人を防衛するために必要な行為のことをいう。」

<sup>89</sup> 【BGB229 条】（自力救済）

「自力救済の目的で、物を奪取し、破壊もしくは毀損した者、または自力救済の目的で、逃亡の疑いがある義務者を拘束し、もしくは義務者が受忍する義務を負う行為に対する義務者の抵抗を排除した者は、官憲の救済が適時に得られず、直ちに介入しなければ、請求権の実現が失敗し、または本質的に困難になる危険があるときは、違法に行為した者ではない。」

<sup>90</sup> 【BGB1020 条】（慎重な行使）

「地役権者は、地役権の行使に際して、承役地の所有者の利益を可能な限り配慮しなければならない。地役権者は、承役地において地役権を行使するために建造物を保有するときは、これを適切な状態で保存しなければならない。ただし、その建造物が所有者の利益とならないときは、この限りでない。」

<sup>91</sup> Canaris, ZHR (Fn.84), S.129.

ていることから分かるように、軽率に型通りに(schematisch)に全ての領域で全く同じように適用されるのではないとの留意が示される<sup>92</sup>。

このように Canaris は、比例原則（過剰介入の禁止）が私人の一方的な権利行使を統制するにあたって重要な役割を担うことを明らかにしている。それでは、どのような場面で比例原則が用いられているのであろうか。この点を次に判例を通じてみておきたい。

## 2 判例による比例原則の民法領域への適用

第3節以下では学説の議論をみるところ、学説によって比例原則の適用事例として理解される判例には相違がみられる。そこで、以下では多くの学説によって比例原則（過剰介入の禁止）の適用事例と理解されており、また der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Verhältnismäßigkeitsprinzip, Übermaßverbot という用語が示された代表的な判例を対象を絞って紹介する。

### 【判例1】 BGHZ 88, 91,95 (BGH 1983.7.8)

#### a 事案の概要

Y（売主）は、X（買主）に自己所有の土地を売り渡すとともにガレージを含めて住宅を建て、それも X に引き渡す義務を引き受けた。売買価格は 331,000DM であり、売買代金支払い後にアウフラッシング<sup>93</sup>がなされること、支払期日を徒過した場合にはその日から未払い金に 12%の利子をつけることを内容とする契約がなされた。X は、上記代金を分割払いで支払った。しかし、40,000 DM のみが支払期日内になされ、残りの支払いは履行期を過ぎてなされた。X は Y に自身を登記簿上の土地債務の所有者として認めるよう要求した。これに対し、Y は、利息分を含めた残債務が支払われていないとしてこれを拒否した。審理の結果、X の利子がまだ 13,195.61DM 支払われていないことが確認された。一審は、その金額の事前の支払いを前提として X の請求を認めた。これに対し、Y は支払いが今までのな

---

<sup>92</sup> Canaris, ZHR (Fn.84), S.129.

<sup>93</sup> アウフラッシングとは、契約当事者が譲渡人から譲受人への所有権の引渡に合意しているという両当事者の意思の表明であり、所轄官庁に当事者が同時に出頭して意思表示することを要する。アウフラッシングについては、田中淳子「不動産譲渡と移転の時期に関する一考察——ドイツにおけるアウフラッシングについて」中部大学産業経済研究所 14 号（2004 年）114 頁、ヴォルフ/ヴェレンホーフアー『ドイツ物権法』前掲注(75)613 頁 (BGB925 条)を参照。

されていなかったことを指摘し、一審判決を破棄するように求めた。控訴審も一審と同様に X 勝訴。Y が上告。

#### b 判旨

上告認容、X 敗訴。控訴審は、Y が X の先履行義務に固執することを権利濫用とみなした点に法的誤りがある。BGH によれば、本件事例では過剰介入禁止(Übermaßverbot)が問題となる。すなわち、信義誠実の原則の効果として、「単に軽微な契約違反にすぎない場合において重大な法的効果が生じるべきではない」。

本件では、X が契約上合意された先履行義務を果たすべきであることのみが問題である。なぜなら、先履行義務は、——たとえば契約義務の不履行によって引き起こされた相手方の解除権またはそのほか類似の重大な制裁とは異なって——基本的には「重大な法的効果」とみなすことができないからである。また、331,000DM の売買目的物のうち 13,195DM の未払い金は、「非常に些細なもの」でも単に「些細な」ものでもない。したがって、X の請求は認められない。

#### c 小括

【判例 1】では、Übermaßverbot が「軽微な契約違反に対して重大な法的効果が認められない」との意味で理解されるとの一般論が立てられる。そして、この考えが契約の不履行に対する制裁・法的効果との関係で用いられることが示唆される。もっとも、先履行義務である X の代金支払い義務は制裁ではなく、また重大な法的効果でもないことから、X の請求が認められないとの判断が下されたと解される。

【判例 2】BGHZ 100, 60, 64 (1987.2.11)<sup>94</sup>

#### a 事案の概要

原告 X はバーのオーナーであった。そのバーは、前々主である A が Y 保険会社と火災保険契約を締結し、その後 A から B に、B から X へと譲渡されたものであった。しかし、B から X に譲渡される際に、両者とも Y に対して所有者の変更に関する通知義務を果たさなかった。X は満期を迎えた保険料を小切手で Y に支払ったが、その際に X とは異な

---

<sup>94</sup> BGHZ 100,60,64 zu §71 Abs. VVG.

る印鑑を押印していた。その後、X 所有のバーが火災で焼失したため、X は Y に保険金の支払いを請求した。これに対し、Y は、火災保険の目的物の譲渡を通知しなかった場合に保険会社の免責をもたらす旨が定められていた保険契約法旧 71 条 1 項 2 文<sup>95</sup>に基づき、保険金の支払いを拒否した。一審、控訴審ともに、当該規定は、保険会社が保証された危険を判断し、保険契約者の住所や氏名を知ることにつき正当な利益を有しているなどとして条項を文言通りに解釈し、Y が勝訴した。

## b 判旨

破棄差戻し。BGH は、本件条項を信義誠実の原則に合わせて制限的に解釈しなければならず、その結果、「保険契約法旧 71 条 1 項 2 文の制裁は、その規定の文言によれば、たとえば保険契約者が 1 年間あるいは数十年間の保険料の給付を納めていたか否かということに顧慮することなく」保険保護の喪失が生じる可能性を指摘する。つまり、当該規定は、保険契約者の保険料の支払いはそのままである一方、保険会社によってもたらされる反対給付は危険にさらされることになりかねないと述べる。

BGH は、このように判示した上で、「保険関係を特別な基準で支配している信義誠実の原則によれば、保険契約法旧 71 条 1 項 1 文に対する違反への制裁は、その規定の目的や保険契約法旧 71 条 1 項 2 文が罰することを予定している過失の重大さと不相当な関係にあってはならない。保険契約法旧 71 条における法律上の規定も民法全体に行き渡る目的と手段の比例原則によって量られなければならない」<sup>96</sup>と述べた。そして、その規定を文字通りに解釈すると、過失とそれによって生じる制裁が不相当な関係にあることは避けられないと述べ、比例原則を用いることによって当該規定の制限的な解釈がなされるべきだとした。具体的には、当該規定の判断方法について、保険会社の側ではその重大な方法（通知義務違反）によってどの程度の利益が害されるか、保険契約者の側ではその過失にいかなる程度で責めに帰すべきなのか、保険給付の剥奪がどのような重要性を有しているかということを衡量する必要があるとする。その衡量によれば、保険給付の失権が違反の

---

<sup>95</sup> 【VVG（保険契約法）旧 71 条】

1 項「譲渡は保険会社に直ちに知らせなければならない。通知が購入者によっても、譲渡人によっても直ちになされず、通知が保険会社に届けられなければならなかった日より一月を超えて保険事故が発生した場合には、保険会社は給付義務を免れる」。

<sup>96</sup> BGHZ 100,60,64 zu §71 Abs. VVG.

重大さと不相当な関係にない場合のみ保険会社が給付の免責を請求しうるとし、本件条項が不相当であるか否かを判断させるために事案を控訴審に差し戻した。

### c 小括

【判例 2】からは、法律が過失とそれによって生じる法的効果との関係を顧慮していない場合に、比例原則が法的効果を制限的に解釈する際に用いられていることが分かった。そこでは、「民法全体に行き渡る目的と手段の比例原則」という判断枠組みが用いられており、比例原則が民事法領域において普遍性を有することが確認される。

なお、本件で問題となった保険契約法旧 71 条 1 項 2 文は、2008 年に施行された新保険契約法 28 条 2 項<sup>97</sup>へと改正された。そこでは、上記判決の内容がとり込まれ、保険契約者の重過失と相当な関係へと給付を縮小することが保険会社に認められるとされ、過失と制裁との均衡性が量られている。

## 第 3 節 民法における比例原則の基礎づけと個別原則の内容

第 2 節の議論からは、比例原則が私法・民法領域にも適用され、重要な原則として承認されていることを確認することができた。それでは、なぜ比例原則が民法において適用されるのだろうか、またこの基礎づけに応じて、上記でみた場面のほかに比例原則がいかなる場面でどのように機能しうるのだろうか。民法上の比例原則の一般理論に関する学説では、これらの点をめぐり議論が展開されている。以下ではこの議論状況を 3 つの立場に分けてその内容を詳しくみていきたい。

### 1 信義則の一形態として基礎づける立場

まず、学説では、信義則（BGB242 条<sup>98</sup>）の一形態として比例原則を位置づける立場が支配的であるといえる。この立場に分類される学説を時系列に沿ってみていきたい。

---

<sup>97</sup> 【VVG（ドイツ新保険契約法 28 条）】（契約上のオプリーゲンハイトの違反）  
2 項「保険契約者によってなされるべき契約上のオプリーゲンハイト（間接義務）の違反に際して、保険会社が給付を義務づけられないことを契約で定めた場合には、保険契約者がオプリーゲンハイトの違反に故意で違反したときに保険会社は給付を免責される。オプリーゲンハイトの重過失の違反の場合には、保険契約者の過失の重さと相当な関係において給付を縮小することが保険会社に正当化される(berechtigen)」。

<sup>98</sup> 【BGB242 条】（誠実及び信義に従った給付）



## (1) 学説の見解

### a Hubmann の見解

信義則の中で比例原則が論じられる出発点となったのは、1956年に登場した Hubmann の論文「利益衡量の原則」である。同論文では、最も緩やかな手段の原則(Das Prinzip des schonendsten Mittels)という項目の中で次のように利益衡量が行われるべきことが提唱された<sup>99</sup>。

「回避不可能かつ調整不可能な紛争において、より高い利益の有利になるように、些細であると評価された利益は、侵害され、傷つけられ、あるいは消滅されうる。この考えは、正当防衛や緊急避難の確定の基礎をなしているのみならず、むしろ RG や BGH の判例によって刑事法における超法規的緊急避難(übergesetzlich Notstand)に関して特別に形作られている。BGH の Constanze 判決<sup>100</sup>は、民事法においてもその効力を肯定した。介入の許容性にとって、判例は、回避不可能および調整不可能な紛争における必要性のほかに、次の要件を作り出した。すなわち、違反者は、その追求された利益が優位であるか否か、介入が不可避であり、紛争が選択された方法によってのみ解決されうるか否かを念入り(sorgfältig)に審査しなければならない。さらに、些細な利益の侵害は可能な限り最も些細な程度(geringst Maß)に制限されなければならない、それは最も緩やかな手段、最も害が少ない手段が選択されなければならない。その際、特に、絶対に必要以上に利益を侵害してはならない。…より低い利益(Gute)の違反によってより高い利益が守られる。；一般に引き起こされた損害は、その効果と不相当な関係にあってはならない」。

Hubmann の利益衡量論は、民法のみに焦点をあてた論稿ではなかった。しかし、次にみる Siebert によってこの Hubmann の見解が信義則のコンメンタールにおいて用いられる。そして、Siebert の見解を契機として、今日に至るまで比例原則が信義則の一場面の中で論じられることになる。

### b Siebert の見解

---

「債務者は、取引の慣行を考慮して、信義誠実に適うように給付を行う義務を負う。」

<sup>99</sup> Heinrich Hubmann, Grundsätze der Interessenabwägung, AcP155 (1956), S.85, 127ff.

<sup>100</sup> BGHZ 3, 280.

Siebert は、Hubmann の見解を参照して、比例原則を次のように定義する<sup>101</sup>。

比例原則：「確かに正当な利益が存在するが、その利益が相手方に損害を与えない他の方法で満足されうる場合には権利の行使が認められない。特に、ある契約の債務者は、期待不可能な苦勞や容赦(Nachsicht)なく、相手方の契約利益を守るための方法が開かれているのであれば、形式的に与えられた利己性(Eigennützigkeit)を引き合いに出して、契約目的を簡単に妨害してはならない」。

その上で、Siebert の見解では、比例原則の具体例として、解除や解約があげられる。つまり、物の瑕疵の場合に修繕や代物請求が可能である場合には、解除は認められないとする。また支払い遅滞を理由とする解約は、事後的な支払いがなされる場合には認められないという。次に、行為基礎の喪失や不能は、契約の調整が可能でない場合のみ解除を正当化すると説明される。契約外の場合では、BGB903 条<sup>102</sup>の所有権規定に関して、複数の可能な同じ価値の建築方法(Bauweise)のうち、場合によっては隣人にとって最も緩やかな方法が選択されなければならないという。

#### c Metzner の見解

1970 年には、Metzner が私法における比例原則を「権利濫用」に基づく不均衡性の禁止(Unverhältnismäßigkeit)と捉える見解を提示した<sup>103</sup>。この見解では、不均衡性の禁止についての根拠は権利濫用の思想に求められるところ、この思想は信義則の下に位置づけられるものとされる。この信義則の考えが具体的な規範として表れた場面として、Metzner は、過大な費用となる原状回復請求権を制限する BGB251 条 2 項、過大な違約金の減額に関する BGB343 条、暴利行為を制限する BGB138 条 2 項、同時履行に関する BGB320 条 2 項<sup>104</sup>、さらには正当防衛に関する BGB227 条や緊急避難に関する BGB228

---

<sup>101</sup> Siebert-Knopp, in: Soergel Kommentar, Stand:1.Juni 1959, §242 Rn.160ff.

<sup>102</sup> 【BGB903 条】（所有者の権能）

「物の所有者は、法律または第三者の権利によって制限を受けない限り、その物を自由に用い、かつ、他人による一切の干渉を排除することができる。動物の所有者は、自己の権能の行使に際して、動物の保護を目的とする特別の規定を遵守しなければならない。」

<sup>103</sup> Richard Metzner, Das Verbot der Unverhältnismäßigkeit im Privatrecht, Diss.Erlangen-Nürnberg 1970, insb.S.91ff. 細谷・前掲注(29)115 頁も参照。

<sup>104</sup> 【BGB320 条】（同時履行の抗弁）

2 項「当事者の一方によって一部の給付がなされたときは、その反対給付は、その拒絶が、事情によっては、とくに残存部分が比較的些細であるために信義則に反するであろう限りにおいて拒絶されえない。」

条など多様な条文をあげる。そして、Unverhältnismäßigkeit（不均衡性）、Unangemessenheit（不相当性）、Übermaß（過剰）などの用語があげられている各規範を逐一みた上で、不均衡性及び相当性の思想は法益衡量(Güterabwägung)の原理として捉えられるとする。その上で、この法益衡量の原理は、「個別事例の実質的正義(materiellen Gerechtigkeit)」を確立することに資すると主張する<sup>105</sup>。

#### d Hohmann の見解

Hohmann<sup>106</sup>は、「許されない権利行使(unzulässige Rechtsausübung)」が問題となった BGH の事例を検討した論説の中で「正当な利益を欠いた異議(Einwand)」という項目を設ける。そこでは、配慮の要請(Rücksichtnahme)が重要であると述べる。すなわち、「主張がなされた請求が債権者の正当な利益を満足しうるものでなく、その請求によって債務者が苦しめられ、損害が与えられる場合には、そのような権利行使は法及び規範の機能と矛盾する」という<sup>107</sup>。

この主張に続けて、Hohmann は、上記項目の中に「比例原則」の細目を設け、次の場合には権利行使が認められないと主張する。それは、「債権者を満足させる方法が比例原則に違反し、かつ債務者に対してより重大でない措置(schwerwiegend Maßnahme)でも達成されうるであろう場合である」。この具体例として、Hohmann は、RG（ライヒ裁判所）が追完または修繕が可能である場合には解除が認められないという判断を下している<sup>108</sup>ことに注目する。このほか「施主(Bauherr)は、建築業者(Bauunternehmer)を通じてより簡易かつ安い方法により瑕疵を除去しうる限りでは、場合によっては建築業者に損害賠償を請求してはならない」という。さらに、「一般的には、行為基礎の喪失または不能は、調整が可能でない場合のみ解除を正当化する。なぜなら、法律関係への介入は、信義及び誠実と調和しうる結果を達成するために必然的に避けられないように思われる場合のみ行われるべきだからである」と説く。契約法以外の場面では、「新たな判例によれば、越境建築の除去請求ですらその貫徹が不均衡で(unverhältnismäßig)、正当には

---

<sup>105</sup> Metzner, a.a.O. (Fn.103), S.117ff.

<sup>106</sup> Harald Hohmann, §242 und unzulässige Rechtsausübung in der Rechtsprechung des BGH, JA 1982, S.114.

<sup>107</sup> Hohmann, a.a.O. (Fn.106), S.115.

<sup>108</sup> RGZ 61,92.

(billigerweise)もはや期待することができない費用を生じさせる場合にはなくなる」と主張する。

#### e Roth の見解

Roth は、BGB242 条のコンメンタールにおいて比例原則を論じる。

まず Roth は、a の Hubmann の見解に依拠して、比例原則について「権利の行使は、次の場合には認められない。それは、相手方に極端に過大な不利益を与え、かつ権利者の利益を同じように良く顧慮し、または権利者に少なくとも期待しうるであろう他の重大でない措置が可能であろう場合である」<sup>109</sup>と定義する。

この具体例として、Roth は、「特に徹底的な法的効果が相手方に思いがけずに向けられる場合には、事前の警告(votherige Abmahnung)が必要となりうる」と述べる。「このことは、特に、比較的軽微な理由に基づき、またははっきりと定式化されていない(unscharf formulierter)要件に基づく解除および解約に妥当する」という。さらに、Roth は、RG の判例や b の Siebert の見解を脚注にあげ<sup>110</sup>、瑕疵のある履行や期限に間に合わなかった履行(rechtzeitiger Erfüllung)に際して、債権者に次の行動が要請されると説く<sup>111</sup>。すなわち、債権者は、解除または解約の重大な法的効果に代わり、代金減額または修補、代物給付、場合によっては遅延損害金の支払いにより満足を得るべきだとする。また別の例として、複数の連帯債務者がいる場合には、権利者は誰に主張することも基本的に自由であるが、一人の債務者への請求が他の債務者よりも極端に過酷なものとなる場合には、例外的に当該請求が認められない場合があるとする<sup>112</sup>。契約法以外の場面として相隣法では、法律に適合しているが、隣人を妨害する事象を行った者は、その者にとって同様の価値または同様に期待可能な複数の方法や行動方法(Verhaltensweise)の下で隣人を最も侵害しない方法を選択する義務があるとする。そのため、些細な過剰建築の除去は、それが極端に過大な費用を要する場合には貫徹されてはならないという<sup>113</sup>。

---

<sup>109</sup> Günter H.Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 2

Schuldrecht.Allgemeiner Teil (§241-432), 2.Aufl, 1985, §242, Rn.409.

<sup>110</sup> RGZ 61,92,94; 87,335,337; 91,110,112; Soergel/Siebert-Knopp, a.a.O. (Fn.101), §242 BGB Rn.258.

<sup>111</sup> Roth, a.a.O. (Fn.109), §242 Rn.411.

<sup>112</sup> Roth, a.a.O. (Fn.109), §242 Rn.414.

<sup>113</sup> Roth, a.a.O. (Fn.109), §242 Rn.412ff.

#### f Teichmann の見解

Teichmann は、BGB242 条のコンメンタールにおいて、a の Hubmann の見解を脚注にあげる。その上で、比例原則を「複数の制裁手段の中では、介入がより小さい (einschneidend) 手段のみを使用する要請」であると定義する<sup>114</sup>。さらに、比例原則に関して、「要請されている手段よりも一層強い手段の選択は、権利濫用になりうる。この命題 (Satz) も利益衡量の帰結である。権利者の利益が特定の方法で守られる場合には、行き過ぎた手段の使用は、権利者が相手方を不当に扱っているのではないか、という疑念を呼び起こす」と述べる<sup>115</sup>。

続いて、Teichmann は、Hubmann の見解を再びあげ、「確かに正当な利益が存在するが、他に相手方により損害を与えない方法でその利益が満足され得る場合には、権利行使は認められない」と説く。この比例原則の具体例として<sup>116</sup>、「追完または代物給付がより簡易な方法で可能な場合には解除は認められない。ただし、不履行を理由とする損害賠償の主張は、買主に瑕疵の些少性を理由に BGB 旧<sup>117</sup>468 条 1 項 2 文<sup>118</sup>に基づき解除の請求が禁じられるであろう場合には権利濫用にはならない」と述べる。さらに、「契約は、事後的な支払いが申し出られる場合には支払い遅滞を理由として解約ができない。建築主は、建築業者(Bauunternehmer)によって、より簡単かつ安価な方法で瑕疵の除去を達成しうる場合には、場合によっては建築業者に損害賠償を請求してはならない」と主張する。

#### g Schmidt の見解

---

<sup>114</sup> Arndt Teichmann, in: Kohlhammer-Kommentar zum BGB, neu herg von Siebert, 12. neubearbeitete Aufl., Schuldrecht I, Stand: Juli 1990, §242, Rn.306.

<sup>115</sup> Teichmann, a.a.O. (Fn.114), §242 Rn.306.

<sup>116</sup> Teichmann, a.a.O. (Fn.114), §242 Rn.307.

<sup>117</sup> この見解は債務法改正前に主張されたものである。そこで、現行法との混同を避けるため、現行法とは異なる規定については旧〇〇条と表現する。以下の見解も同様である。

<sup>118</sup> 【BGB 旧 468 条】（土地の面積の保証）

1 項「不動産の売主が買主に当該不動産の一定の一定面積(Größe)を保証したときには、売主は保証された性質と同様の責任を負う。ただし買主は、保証された免責の不足が著しいため契約の履行により利益を受けないときにのみ、その不足に基づき解除を請求することができる。」

Jürgen Schmidt は、BGB 242 条のコンメンタールにおいて「比例原則」の項目を設ける<sup>119</sup>。この見解は本節 3(1)b でみる Stürner によって批判されており、その主張内容が注目される。

まず J.Schmidt は、比例原則が相手方(Gegeners)の過失ある行動(Fehlverhalten)に対する対応として法主体に与えられるような権限(Berechtigung)のみに妥当するという。そのような権限に関して、過剰介入禁止は、民法においてそれに相当した明確な規定が存在していないところでも妥当すると説明する<sup>120</sup>。この主張に際しては判例が指摘され、相手方の過失ある行動に対して権利者にはその行動を補うための相当な対応でなければならず、それを超えた対応は客観的には相手方に損害を与える目的のみを有し得るとする。こうした過剰介入の禁止は、一般的には、「相手方の過失ある行動に対して過剰に厳しい対応が行われてはならない。つまり、過失ある行動と対応は、概して釣り合っていない」ことを意味するという<sup>121</sup>。この両者の釣り合いは、3つの観点に分けて作用することが次のように説明される。

第 1 に、「確かに相手方の過失ある行動は存在するが、客観的な考察によれば、その過失が一般的に権利者の利益に影響を与えない場合には、過失ある行動と対応が結びつけられない」<sup>122</sup>。第 2 に、「相手方の過失ある行動が比較的軽微である場合、そのことは広範囲に及ぶ重大な対応と結びつけられない（軽微性）<sup>123</sup>」。第 3 に、Hubmann の見解を参照して、「相手方の過失ある行動が軽微ではなく、その対応がなされる場合には、当該対応は過失ある行動を補うために十分に最も緩やかなものが命じられなければならないという意味で、当該過失ある行動と相当でなければならない（最も緩やかな選択；「比例性」）」である<sup>124</sup>。第 3 の比例性の事例では、解除または解約前に警告が要求されることや目的物に瑕疵がある場合に注文者は解除に代わって修繕や損害賠償あるいは自分で修繕する義務を負う場合があることなどがあげられる。また緩やかな手段が存在しない場合で

---

<sup>119</sup> Jürgen Schmidt, in: Staudinger Kommentar zum BGB 13. Bearb. 1995, §242, Rn.779. なお、第 5 章第 3 節 2(1) b では H.Schmidt の見解をみるところ、両者の混同を避けるため、以下では J.Schmidt と記述する。

<sup>120</sup> 例えば、BGB320 条 2 項、BGB 旧 459 条 1 項 2 文、BGB 旧 468 条 1 項 2 文、BGB 旧 542 条 2 項、BGB 旧 634 条 3 項等、さらに BGB254 条 1 項・2 項も過剰介入禁止との関連で考察されなければならないとする。

<sup>121</sup> Staudinger/J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 Rn.779,784ff.

<sup>122</sup> Staudinger/J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 Rn.780,786ff.

<sup>123</sup> Staudinger/J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 Rn.781,787ff.

<sup>124</sup> Staudinger/J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 Rn.782.

もその対応が制限されうるという。例えば、用益賃貸借の土地の修復が過大な負担によってのみ可能であり、安い方法で受忍することが出来ない場合には当該修復が排除される例や、越境建築物の除去をするための補償が多大な負担になる例が指摘される<sup>125</sup>。

J.Schmidt によると、比例原則は、過失ある行動とそれに対する対応との関係でのみ適用されるため、給付と反対給付の不均衡（BGB138 条 2 項）では問題とならないという<sup>126</sup>。

#### h Schubert の見解

ドイツでは 2002 年に債務法が改正されたところ、h 以降の見解は、債務法改正後の見解である。Schubert は、BGB242 条のコンメンタールにおいて「比例性」の項目を設ける<sup>127</sup>。そこでは、まず a の Hubmann の見解を脚注で指摘しつつ、「権利の行使が相手方に極端に過大な不利益を与え、かつ権利者の利益を同様に良く顧慮するであろう、または相手方に少なくとも要求しうるであろう他のより重大でない措置が可能である場合には権利の行使は許されない」と主張する<sup>128</sup>。それに続き、「いわゆる過剰介入の禁止と比例性の観点とは、軽微性(Geringfügigkeit)と重なる。権利の行使が様々な方法(Form)または様々な内容で可能である場合には、債権者は基本的には債務者に最も侵害が少ない方法で満足しなければならない。逆に、ある固執している(besetehen)権利主張は、過度なものとなりうる。債務者に極端により大きな出費が要求されるであろうことから、債務者の給付の解

---

<sup>125</sup> Staudinger/J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 Rn.788.

<sup>126</sup> Staudinger/J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 Rn.783.

<sup>127</sup> Claudia Schubert, in: Münchener Kommentar zum BGB 7. Aufl 2016, §242, Rn.450. (なお、6.Aufl 2012 においても比例性に関する主張がみられるが、その主張内容は 7.Aufl とほぼ一緒である)

<sup>128</sup> Hubmann の見解のほかには、S.BayObLG NJW-RR 1990,332,333 が指摘されている。

放は、BGB275 条 2 項・3 項<sup>129</sup>、BGB439 条 4 項<sup>130</sup>、BGB635 条 3 項<sup>131</sup>または BGB242 条に基づき認められなければならない」との見解を示す。

この比例原則の具体例として、「相手方に予期しえず特に深刻な(tiefgreifend)法的効果に向けられる場合には、事前の警告が必要である」とする。解除や解約に関しては、BGB323 条 2 項・3 項<sup>132</sup>、BGB314 条 2 項<sup>133</sup>において事前の警告の必要性が実定法化されており、解約・解除前に期限の設定や警告を不要とするためには特別の根拠が存在してい

---

<sup>129</sup> 【BGB275 条】（給付義務の排除）

3 項「さらに、債務者は、債務者が給付を個人的に提供しなければならず、かつ債権者の給付利益と債務者の給付を妨げる事情の衡量の下で債務者に給付が期待されえない場合にも給付を拒絶することができる。」2 項の条文訳は、前掲注(11)を参照。

<sup>130</sup> 【BGB439 条】（追完）

4 項〔旧 3 項〕「売主は、買主によって選択された追完の方法がただ不均衡な負担によってのみ可能であるときは、BGB275 条 2 項及び 3 項にかかわらず、その追完の方法を拒絶することができる。その際には、特に瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重大性(Bedeutung)及び買主に重大な不利益を被らせることなく他の追完に手をつけうるか否か(zurückgreiffen)が考慮されなければならない。この場合において、買主の請求権は、他方の追完の方法に制限される；。第 1 文の要件の下でも追完を拒絶するという売主の権利は、そのままである。」

BGB439 条 4 項は、売買法・建築請負契約法の改正（2017 年 4 月 28 日改正、2018 年 1 月 1 日施行）により、2002 年の債務法改正によって新設された同条 3 項の条文番号が変更されたものである。そこで、以下では原文では BGB439 条 3 項とされている箇所を「4 項」として記述する。

<sup>131</sup> 【BGB635 条】（追完）

3 項「請負人は、追完が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、第 275 条 2 項及び 3 項にかかわらずその追完を拒絶することができる。」

<sup>132</sup> 【BGB323 条】（給付が行われないことまたは給付が契約に従って行われないことによる解除）

2 項「次に掲げるいずれかの場合には、期間を定めることは不要とする。

1 号 債務者が給付を真剣に(ernsthaft)かつ終局的に拒絶したとき

2 号 期日通りの給付または期間に適合した給付が、契約締結前の債務者への債権者の報告または契約の締結に他に付加する事情に基づき債権者にとって重大であるにもかかわらず、債務者が契約で定めた期日または期間内に給付をしないとき

3 号 契約に適合しない給付の場合に、双方の利益の衡量の下で即時の解除を正当化する特別な事情が存在するとき（以下略）」

3 項「義務違反の種類により、期間を設定することが考慮の外に置かれるときは、これに代えて警告を行うことができる。」

<sup>133</sup> 【BGB314 条】（重大な理由による継続的債務関係の解約告知）

2 項「契約から生じる義務の違反において重大な理由があるときは、除去のために定めた期間が満了しても効果がなかったときまたは催告を行っても効果がなかったときに限り、解約告知が許される。弊害除去のための期間の定めを省略できること及び催告を省略できることについては、第 323 条第 2 項第 1 号及び第 2 号の規定を準用する。弊害除去のための期間の定め及び催告は、双方の利益を衡量した上で、直ちに解約告知をすることを正当化する特別な事情が存在するときにも省略することができる。」



なければならないという。さらに、瑕疵がある履行または遅すぎた(nicht rechtzeitig)履行における解除、代金減額、損害賠償のような法的効果と修補ないしは代物給付との関係も比例原則から理解されるところ<sup>134</sup>。つまり、確かに売買契約及び請負契約では基本的に追完が優先するが、BGB439 条 4 項では比例原則を明確に表現しているとする。同条によれば、売主は追完が過大な負担となる場合に拒絶しうることになる。また軽微な義務違反において解除権を排除する BGB323 条 5 項 2 文<sup>135</sup>も比例原則の表れとされる。そして、この比例性の法思想はこれらの規定を超えて通用すると主張する。その結果、賃借人またはホテルの宿泊客は、解約に代えて場合によっては期待可能な代替物(Ersatzobjekt)を受け入れなければならない、請負人が瑕疵を簡易かつ安い費用(kostengünstig)で除去し得る場合には損害賠償請求が BGB242 条により制限される旨が説かれる。

その他の場面では e の Roth と同様の見解が述べられる。すなわち、相隣法において隣人を最も侵害しない義務を選択しなければならないこと<sup>136</sup>、軽微な越境建築物の除去請求が極端に過大な負担を要する場合には貫徹されえないこと、連帯債務者の一人に対する請求が制限されうる場合があることが述べられる<sup>137</sup>。

#### i Sutschet の見解

Sutschet は、BGB242 条のコンメンタールにおいて「軽微性」及び「不均衡性」の項目を設ける<sup>138</sup>。そこでは、「比例原則」という用語は使用されていないが、後にみる k や l の見解が比例原則を論じる際に、Sutschet の見解を脚注にあげているため、この見解をみていく。

まず、Sutschet は、「軽微性」の項目において「軽微な義務違反または瑕疵には法的効果のないままにとどめなければならない、という一般的な原則は存在しない。しかしなが

---

<sup>134</sup> MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), §242 Rn.453.

<sup>135</sup> 【BGB323 条】（給付が行われないことまたは給付が契約に従って行われないことによる解除）

5 項「債務者が一部の給付を行った場合において、債権者は、一部の給付が行われることに利益を有しないときに限り、契約全部を解除することができる。債務者が契約に従って給付をなさない場合において、義務違反が軽微なときは、債権者は、契約を解除することができない。」

<sup>136</sup> MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), §242 Rn.454.

<sup>137</sup> MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), §242 Rn.455.

<sup>138</sup> Holger Sutschet, in: Beck'scher-Online Kommentar BGB, Bamberger/Roth 41.Edition 2016. Rn.97ff.なお、その見解は 2013 年度版とほぼ変わらないため、以下では 2016 年度版を紹介する。

ら、BGB320 条 2 項、BGB323 条 5 項 2 文、BGB536 条 1 項 3 文<sup>139</sup>からは次のことが取り出される」という。それは、影響が大きく、明らかに不相当な法的効果が些細で結果的には重要でない違反と結びつく場合には、許されない権利行使が存在するということである<sup>140</sup>。この許されない権利行使の例として、軽微な支払い遅滞に対して解除または解約がなされる場合<sup>141</sup>や非常に軽微な瑕疵に基づく瑕疵担保権の主張が権利濫用になる場合などがあげられる。それに加えて、買主や注文者は、解除に代わり代金減額や代物給付または修繕によって、あるいは場合によっては自分自身での修繕で満足することが義務づけられること、賃貸借関係においては、瑕疵が簡単に認識でき、かつ早くが安価で除去し得る場合には代金減額が信義則に違反しうることが指摘される<sup>142</sup>。

次に、「不均衡性」の項目では、「確かに、義務違反の法的効果はその厳しさと相当な関係になればならないという一般的な法原則は存在しない。例えば、些細な過失は、生活を破滅させるほどの金額での損害賠償義務を根拠づけうる」と述べる。しかし、h の Schubert の見解<sup>143</sup>を指摘し、「それにもかかわらず、BGB251 条 2 項が示しているように、権利の行使が相手方に極端に大きな不利益を与え、かつ権利者の利益を同じように顧慮し、または権利者に少なくとも期待可能である、他に重大でない措置を講じうる場合には権利の行使は認められない」と主張する<sup>144</sup>。「特に通常よりも当事者の密接な結びつきを伴う債務関係においては、信義誠実に基づき、義務違反に対してはまずはより緩やかな手段で対応することが要請される」という<sup>145</sup>。緩やかな手段の具体例として、比較的軽微な理由に基づく解除や解約の前には、事前の警告が必要とされる。さらに、e の Roth や Schubert と同様に<sup>146</sup>、賃借人またはホテルの客の解約に代わる代物給付や軽微な越境建築が過大な費用を生じる場合の除去請求の制限が述べられる<sup>147</sup>。

---

<sup>139</sup> 【BGB536 条】（物及び権利の瑕疵の場合における賃料減額）

1 項「使用賃貸物が使用賃借人に対する引渡しの時点で、契約に従った使用のための有用性を失わせる瑕疵を有しているか、または使用賃貸借期間中にかかる瑕疵が発生したときは、使用賃借人は、有用性が失われている期間について賃料の支払を免れる。有用性が減少している期間については、使用賃借人は、相当に減額された賃料を支払うことで足りる。有用性の減少が軽微であるときは、これを考慮しない。」

<sup>140</sup> Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.97.

<sup>141</sup> Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.98.

<sup>142</sup> Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.101.

<sup>143</sup> MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), Rn.450.

<sup>144</sup> Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.103.

<sup>145</sup> Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.104.

<sup>146</sup> Roth, a.a.O. (Fn.109), §242 Rn.382.

<sup>147</sup> Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.105.

j Looscheders/Olzen の見解

Looscheders/Olzen は、BGB242 条のコンメンタルの権利濫用において「比例原則」の項目を設ける<sup>148</sup>。その項目では、第 2 章第 2 節 2【判例 1】や i の Sutschet、Krebs（後述 l）、d の Hohmann の見解を脚注にあげ<sup>149</sup>、「権利の行使は、他方当事者の行動に対して不均衡な対応(unverhältnismäßige Reaktion)であってはならない」と説く。次に、比例原則は、BGB259 条 3 項<sup>150</sup>、BGB281 条 3 項<sup>151</sup>、BGB320 条 2 項、BGB323 条 5 項 2 文、BGB536 条 1 項 3 文、BGB543 条 2 項 3 号 a<sup>152</sup>など数多くの規定において具現化(Ausprägung)されているとする。これらの規定は、相互の配慮に関する要請(gegenseitigen Rücksichtnahme)に基づく必然的な結果(Folgerung)が重要であるという。そして、具体的にどのような場合に債権者の権利行使が比例原則により認められないのかを次のように説明する。

---

<sup>148</sup> Dirk Looscheders/Dirk Olzen, in: Staudingers Kommentar zum BGB, Buch2 Recht der Schuldverhältnisse Einleitung zum Schuldrecht; §§241-243. Neubearbeitung 2015, §242 Rn.277ff.

<sup>149</sup> BGHZ 88, 81, 95; Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.97.; Peter Krebs, in: Nomos (Anwalt) Kommentar, BGB, Schuldrecht, Band2/1: §§241-610, 3.Aufl, (Hrsg) Dauner-Lieb/Langen, 2016, §242 Rn.88ff.; Hohmann JA 1982, S.112,114.

<sup>150</sup> 【BGB259 条】（会計報告義務の範囲）

3 項「軽微な事項においては、宣誓に代えて保証する義務は、存在しない。」

<sup>151</sup> 【BGB281 条】（履行されなかったかまたは債務に従って履行されなかった給付に代わる損害賠償）

3 項「義務違反の種類により、期間の設定が考慮の対象とならないときは、警告(Abmahnung)をもってこれに代える。」

<sup>152</sup> 【BGB543 条】（期間を置かない重大な理由による特別の解約告知）

1 項「いずれの契約当事者も、重大な理由により、使用賃貸借関係を特別に期間を置かずに解約告知することができる。個別の場合の全ての事情、特に契約当事者の故意・過失を考慮し、双方の利益を衡量した上で、解約告知期間の満了までまたは使用賃貸借関係のその他の終了まで使用賃貸借契約を継続することが、解約告知を行う者に対して期待することができないときは、重大な理由があるものとする。」

2 項「特に、次に掲げるいずれかの場合には、重大な理由があるものとする。

2 号 使用賃借人が、自己が負う義務の懈怠により、賃借物を著しく危険な状態にし、または無権限でこれを第三者に委ねることにより、使用賃貸人の権利を著しい程度に侵害したとき。

3 号 使用賃借人が、

a) 2 つの連続した期日に、賃料またはその軽微でない部分の支払を遅滞したとき。

b) 2 つの期日を超える期間内に 2 月分の賃料に相当する額の賃料の支払を遅滞したとき。

前文第 3 号の場合においては、使用賃貸人が事前に債権の満足を得たときは、解約告知は排除される（以下、略）。」

「権利行使によって相手方当事者の利益がどのような点で不利に扱われるのか (benachteiligt)」という点は重要ではなく、むしろ権利行使と、例えば些細な支払遅滞に対する対応として解約あるいは解除が行われるような、権利行使を引き起こした債務者の行動との関係が重要である。それによれば、例えば、権利の行使は相手方当事者の先行した行動において合理的な根拠を欠いている場合には不均衡となる。ただし、ある対応が些細な侵害と一般に結びつけられる場合には、まだ権利濫用とはならない。確かに、上記の規定は、権利の行使が義務違反に対して不均衡であってはならないことを基礎に据えている。しかし、法が——ましてや故意の——義務違反の場合によっては全く制裁を加えようとしていないとする想定は行き過ぎである」という。そして、d の Hohmann、e の Roth、f の Teichmann、i の Sutschet などの見解をあげ、「比例原則からは、最も緩やかな制裁(schonendsten Sanktion)が結果として生じる」と主張する<sup>153</sup>。その結果、BGB314 条 2 項、BGB323 条で示されているように、緩やかな手段として権利行使の前の警告が問題になるとする。

#### k Mansel の見解

Mansel は、BGB242 条のコンメンタールの「許されない権利行使」という項目の中に「濫用的な権利行使」の細目を設け、その中で軽微性及び不均衡性（過剰介入の禁止）について論じる<sup>154</sup>。

まず Mansel は、「些細で、個別事案において権利者に無害なままの過失(Verfehlung)または瑕疵を利用するような権利追求は、広範囲に及ぶ法的効果を主張するためには認められない」と述べ、その具現化が BGB259 条 3 項、BGB320 条 2 項、BGB323 条 5 項 2 文、BGB439 条 4 項 1 文、BGB543 条 2 項 2 号及び 3 号 a などとみられると説く。それに続き、「一般的に権利の行使は、他方当事者の行動に対して不均衡な対応を意味するものであってはならない」とする<sup>155</sup>。そして、「比例原則及びそこから生じる過剰介入の禁

<sup>153</sup> この主張に際しては、Teichmann, a.a.O. (Fn.114), §242 Rn.307., MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), Rn.417; Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.104.; Hohmann, a.a.O. (Fn.106), S.112,115 のほか Palandt/Grüneberg, §242 BGB, Rn.54; Dirk Looschelders, Schuldrecht AT Rn.80 が脚注に引用されている。

<sup>154</sup> Heinz-Peter Mansel, in: BGB, Jauernig Kommentar, Hrsg von Rolf Stürner, bearbeitet von Christian Berger, 16., neubearbeitete Aufl. C.H.Beck, 2015, §242 Rn.218.

<sup>155</sup> この主張に際しては、BGH 88,95; NJW 85,267 等の判例のほか、Canaris, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, S.1002. (以下、Übermaßverbot と略称する); Buß,

止は、私法領域においても作用している」と主張し、その法律上の具現化として BGB251 条 2 項、BGB275 条 2 項、BGB635 条 3 項をあげる。これらの規定では、犠牲限度 (Opfergrenze) を超えた場合に債務者は給付を拒絶することができるという。

このほかの比例原則の具体例として、Mansel は、支払い期限に超過したが、期限の遵守に関する債権者の給付が重要ではない場合の解除、全く軽微な支払い遅滞における違約金や失権条項 (Verfallklausel) の主張、留置権の行使、事前の警告のない些細な過失を理由とする継続的債務関係の解約をあげる。軽微な保険契約者のオプリーゲンハイト<sup>156</sup>の場合には、保険会社は給付の免責を主張することができないと説く<sup>157</sup>。また売主は些細で損害をもたらさない叱責期間 (Rügefrist) の超過を援用できないことや、注文者は全く重要ではなく、かつ簡単に除去することができる瑕疵を主張することができないことを述べる。権利の行使に際しても、権利者は比例原則を遵守しなければならない<sup>158</sup>と説く。

## 1 Krebs の見解

Krebs は、BGB242 条のコンメンタールの「衡平機能」という章の中に「許されない権利行使」の項目を設ける。そして、その中の「些細な利益侵害 (Geringfügige Interessenverletzung)/不均衡性 (Unverhältnismäßigkeit)」の細目において次のように比例原則を論じる<sup>159</sup>。

「権利の行使によって権利者が、些細かつ結果的に影響の出ないままである義務違反または瑕疵につけこみ、完全に不相当な法的効果を主張する権利の行使は認められない。一方当事者の権利行使は、他方当事者の行動と完全な不均衡にあってはならない<sup>160</sup>。このよ

---

NJW 98,343、そして本節 3(1)b でみる Michael Stürner, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht——Zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Mohr Siebeck, 2010. (以下、Verhältnismäßigkeit と略称する), S.392ff, 442ff. の見解が参照されている。

<sup>156</sup> オプリーゲンハイトとは、債務者の義務とは異なり、その不遵守に対し、それを負担する者が自らの権利を喪失、縮減されるものとされる。奥田昌道『口述債権総論』(成文堂、第2版、1990年) 207頁。

<sup>157</sup> BGH 100,64f; 130,176.

<sup>158</sup> BGH WM 09,1666, §859 Rn.1 が参照されている。また公法から切り離された私法上の比例性審査の基礎については本節 3(1)b でみる Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.442ff が参照されている。

<sup>159</sup> Krebs, a.a.O. (Fn.149), §242 Rn.88ff.

<sup>160</sup> BGH NJW 1988,699,700.; BGHZ 88,91,95 のほか、MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), §242 Rn.417ff.; Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.97ff, 103ff.;

うな方法で、過剰介入の禁止は、信義則を介して民事法の中においても作用している<sup>161</sup>。その思想は特に、法律においては、BGB259 条 3 項、BGB281 条 1 項 2 文<sup>162</sup>、BGB320 条 2 項、BGB323 条 5 項 2 文、BGB536 条 1 項 3 文に表れている。しかし、些細な義務違反または瑕疵が常に影響を及ぼさないままであるという一般的な法原則は存在しない<sup>163</sup>。権利の濫用は、個別事例の全ての事情の考慮の下で、権利の行使の影響が義務違反の程度と特に不均衡な関係にある場合にのみ存在する<sup>164</sup>」。

その上で、Krebs は、比例原則の具体的場面として<sup>165</sup>、些細な給付期限の超過を理由とする解除はその期限を遵守することが債権者にとって重要でなかった場合には認められないと述べる。義務違反に対する継続的債務関係の有効な解約は、通常の場合は警告が必要であるという。保険者は、被保険者の単に些細にすぎない支払い遅滞の場合や保険者の利益を一般的には重大に侵害するものではない些細なオプリーゲンハイトの場合にも<sup>166</sup>、場合によっては給付の免責を主張できない。「もっとも、義務違反の制裁(Sanktionierung)は、常にその重大さと相当な関係にある必要はない<sup>167</sup>。例えば、軽過失(Unachtsamkeit)に基づく義務違反は、直ちに高い金額での損害請求権をもたらさう。しかし、義務違反に応じた選択に関して複数の対応可能性が存在する場合には、忠実義務(Treuepflicht)は最も緩やかな手段の選択を促さう<sup>168</sup>。そのことは、特に継続的債務関係や忠実義務がより強固な役割を担う関係に妥当する。例えば、組合員の排除または業務執行

---

Erman/ Böttcher/Hohloch, §242, Rn.128f.; Teichmann, a.a.O. (Fn.114), §242 Rn.295.の見解などが脚注で引用されている。

<sup>161</sup> ここでは、連邦憲法裁判所の判例である BVerfG AP Art.12 GG Nr.65 があげられている。

<sup>162</sup> 【BGB281 条】（履行されなかったかまたは債務に従って履行されなかった給付に代わる損害賠償）

1 項「債務者が、履行期にある給付を履行しなかったかまたは債務に従って履行しなかった場合において、債権者が債務者に対し、給付または履行の追完のための適切な期間を定めても効果がなかったときは、債権者は、BGB280 条第 1 項（債務者が、債務関係から生じる義務に違反したときは、債権者は、これによって生じた損害の賠償を請求することができる。債務者が義務違反について責めを負わないときは、この限りでない。）の要件の下で、給付に代わる損害賠償を請求することができる。債務者が一部の給付を行ったときは、債権者は、一部の給付にいかなる利益も持たないときに限り、給付全体に代わる損害賠償を請求することができる（以下、略）。」

<sup>163</sup> BGHZ 88,91,95; BGH WM 1985,877; BGH NJW 2011,1674,1675.

<sup>164</sup> Teichmann, a.a.O. (Fn.114), §242 Rn.295f.; Looschelders/Olzen, a.a.O. (Fn.148), §242 Rn.277.

<sup>165</sup> Krebs, a.a.O. (Fn.149), §242 Rn.89ff.

<sup>166</sup> BGHZ100,60,64f.; BGHZ 130,171,176; Canaris, Übermaßverbot (Fn.155), S.1003f.

<sup>167</sup> Looschelders/Olzen, a.a.O. (Fn.148), §242 Rn.278.

<sup>168</sup> Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.104.

(Geschäftsführung)の剥奪は、よりドラスティックでない対応が可能であり、かつ期待可能な場合には認められない（比例原則）<sup>169</sup>」と主張する。

## (2) 見解のまとめ

以上の見解では、信義則の下で比例原則の適用を検討する。その主張内容をみると、比例原則の個別原則の内容と適用範囲につき見解の相違がみられる。

まず比例原則を「必要性の原則」の意味で理解する見解がある。出発点となるのは、aのHubmannの見解である。同見解は、利益衡量の手段として、一方当事者が他方当事者の利益を侵害せざるを得ない場合にはその侵害が最も些細な程度、最も害が少ない方法でなければならないと主張した。この主張では「比例原則」という用語は用いられておらず、念頭に置かれていたのは、不法行為における緊急避難や正当防衛の事例であったとみられる。ところがbのSiebertは、Hubmannの見解をBGB242条（信義則）の中で用いた。すなわち、Siebertは、比例原則により、債権者の利益が債務者に損害を与えない他の手段で満足しうる場合に債権者の権利行使が認められないとする。この理解によれば、比例原則は、相手方にとってより重要でない手段を行使しなければならない「必要性の原則」の意味で捉えられている。b以外にも比例原則をこの意味で理解する見解として、債務者にとってより重大でない手段によって債権者が利益を満足しうる場合には債権者の権利主張が制限されうるとする見解（dのHohmann）や、比例原則を「複数の制裁手段の中では、より介入の少ない手段のみを使用する要請」と定義づける見解（fのTeichmann）がみられる。

また学説では、「均衡性の原則」と「必要性の原則」を合わせた形で比例原則（過剰介入禁止）を理解する見解が多数を占める。例えば、軽微な過失に対して重大な法的効果であってはならず、軽微でない過失に対しては最も緩やかな対応を必要とする見解がある

（gのSchmidt）。また比例原則について、「権利行使が相手方に極端に過大な不利益を与え、かつ権利者の利益を同じように良く顧慮し、または権利者に少なくとも期待しうるであろう他の重大でない措置が可能であろう場合には認められない」と定義づける見解（eのRoth、hのSchubert、iのSutschet）がある。さらに、「権利の行使は、他方当事者の行動に対して不均衡な対応であってはならない」あるいは「軽微な過失や義務違反に対

---

<sup>169</sup> RGZ107,386,388; BGHZ 6,113,117; BGHZ 16,317,322; BGHZ 51,198,203; Beck-OK/Sutschet, a.a.O. (Fn.138), §242 Rn.105 が参照されている。

して不相当な法的効果であってはならない」と述べた上で、比例原則からは最も緩やかな制裁が生じるとする見解もみられる（j の Looschelders/Olzen、l の Krebs）。それでは、債権者はなぜ債務者の義務違反や過失に対してより重大でない対応・制裁でなければならないのか。その理由について、通常よりも当事者の密接な結びつきを伴う債務関係における信義則を根拠とする見解（i の見解）、信義則に基づく相互配慮の要請に基づく見解（d、j の見解）や、特に継続的債務関係や忠実義務がより強固な役割を担う関係に求める見解（l の見解）がある。もっとも、その理由を明示していない見解も少なくない。

他方で、比例原則について、必要性の原則よりもむしろ「均衡性の原則」の意味で理解している見解がある。比例原則を権利濫用にに基づく「不均衡性の禁止」として理解する見解（c の Metzner）、一般的に権利の行使は他方当事者の行動に対して不均衡な対応を意味するものであってはならないとする見解（k の Mansel）である。これらの見解では、権利者が相手方をより侵害しない手段で満足すべきかどうかという視点は言及されていないことからすると、他の見解とは異なり代替手段の存在が重視されていないとみうる。

こうした個別原則の内容を踏まえると、比例原則はどのような場面に適用されるのか。この点、多くの見解では、債務者の軽微な過失・義務違反とそれに対する債権者の対応との関係を調整する際に比例原則を適用する。その際に、債務者にとって重大でない他の手段の存在を考慮している。その結果、例えば、修補や代物給付が可能である場合や、代金減額や損害賠償が可能である場合には重大な法的効果となる解除や解約が認められないとする主張がみられる。さらに、解除や解約前には事前の警告が必要であると解される。

このように比例原則が過失ある行動とそれに対する対応との関係でのみ適用されるとして、同原則が給付と反対給付の不均衡（BGB138 条 2 項）には適用されないとの主張もみられる（g の見解）。それに対して、比例原則について不均衡性の法理とみる c の見解では、BGB138 条 2 項も比例原則の表れとされる。

このほか債務法改正後に新設された規定に関して、債権者の利益と債務者の不利益と不均衡に基づく給付拒絶（BGB275 条 2 項・BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項）を比例原則の具体例とする見解がみられる（h の見解、k の見解）。また軽微な義務違反に基づく解除の制限に関しても代替手段の存在を考慮に入れているとみられる見解がある（h の見解）。

契約外では、比例原則によって隣人に対して最も損害が少ない方法を選択する義務があるとして過大な負担を要する越境建築が制限される旨などが説明される。



## 2 一方当事者による他方当事者の権利領域への一方的な介入に着目する立場

### (1) 学説の見解

#### a Preis の見解

Preis は、1987 年の「労働関係における解約法の原理」<sup>170</sup>、1999 年の「比例性と私法秩序」<sup>171</sup>という論文において私法・民法上の比例原則を検討する。Preis 説は、a 以降の学説でも参照される一方、後述 3(1)b の学説ではその見解が批判されており、注目されている。そこで、以下では Preis の見解を詳細にみていく。なお、1999 年の論文は、1987 年の論文を基により詳細な検討を行ったものであるため、以下では前者によりつつその見解をまとめていく。

まず Preis は、私法や労働法においてなぜ比例原則を適用しうるのか、その内容はいかなるものであるのかが理論的に明確でないとの問題を指摘する<sup>172</sup>。この問題に関して、公法上の比例原則がよく吟味しないまま私法に転用されてはならないという。なぜなら、私法領域における適合性・必要性・狭義の意味の比例性の直接的な拘束は私人の行動を非常に制限するおそれがあり<sup>173</sup>、公法と私法とでは比例原則の名宛人が異なるからである<sup>174</sup>。さらに、比例原則は権利濫用の思想を超えて結びつくものであるため、1(1)c の Metzner 説のように比例原則を権利濫用としてのみ理解することも妥当でないと指摘する<sup>175</sup>。また Metzner 説には、次の点でも批判が向けられる。民法典のあるべき姿とは「比例的な利益調整を確立すること」にあるところ、立法者が比例的な利益調整の思想を実現している。そのため、実定法の規定を根拠に私法秩序の比例原則を証明することは、立法者が比例的な利益解決を見出した規範を指摘する以上の意義をもたないとする<sup>176</sup>。こうした従来の議論状況を踏まえ、Preis は、「比例原則がどのような要件の下で法律行為を統制するために援用されうるのか」という問題を提起する<sup>177</sup>。

---

<sup>170</sup> Preis, Prinzipien (Fn.28).

<sup>171</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit und Privatrechtsordnung (以下、Verhältnismäßigkeit と略称する), Richterliches Arbeitsrecht in: Festschrift für Thomas Dieterich zum 65. Geburtstag, 1999, S.429ff.

<sup>172</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.430.

<sup>173</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.432.

<sup>174</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.435.

<sup>175</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.432.

<sup>176</sup> Preis は、こうした手法をとるものとして Metzner の見解を批判する。Preis, Verhältnismäßigkeit, (Fn.171), S.434.

<sup>177</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.435.

この問題に関して、まず比例原則と契約自由の原則との関係性が検討される。自己決定の原理および契約自由は、「私法の主体に実定法上認められた形成可能性の範囲内で不当な形成の可能性を要求し、かつ貫徹しうる行為裁量を認めている。そのため、比例原則に遡ることには『契約の自由への疑念』が生じうる」との懸念に言及する<sup>178</sup>。こうした懸念に対して、Preis は次のように反論する。比例原則の効力は契約関係のみに制限されるものではない。契約当事者の事実上の不平等がある場合、優位者の自由が場合によっては劣位者の自己決定の完全な喪失をもたらしうるため、法秩序は当然に劣位者の自己決定権の保全を必要とする。確かに法秩序は、契約の自由を基本的に拘束力あるものとして承認しており、自己決定の行使によってなされた合意が最も好まれる当事者間の正当な利益調整を導くものであると考えられる。それゆえ、当事者の自由な自己決定に疑問の余地がない所では、比例原則が適用されない。しかし、相手方がより強大(mächtiger)かつ劣位にある一方当事者の負担で自己の利益を貫徹することによって、一方当事者の自己決定が危険にさらされるところでは、常に形成力(Gestaltungsmacht)の制限、つまり比例原則が問題になる、と説明する<sup>179</sup>。こうした基礎づけを踏まえ、1977 年の AGBG として制定されるに至る普通取引約款に関する判例は、比例原則の重要な実例とみうとする。そして、AGBG9 条の一般条項は、比例原則（「不相当な」不利益の禁止）に関して不平等な利益状態の裁判上の修正を認めたこと(Legitimation)にほかならないと指摘する<sup>180</sup>。

このように Preis は、契約法において私的自治の原則を根拠として比例原則が適用されないとする結果は誤りであると説く。この主張を論証するために、連邦憲法裁判所 1990 年 2 月 7 日判決<sup>181</sup>を指摘し、次のように述べる。「私的自治は自己責任の原理に基づいており、自由な自己決定の条件が実際上においても与えられるということを前提条件としている」。しかし、「契約当事者の一方に非常に強い優位性(Übergewicht)があり、それゆえ当該当事者が契約上の規定を実際上一方的に設定しうる場合には、そのことは他方当事者にとって他人決定となってしまう。まさに契約モデルの機能不全によって私法における基本権の保護が危険にさらされている場合には、基本権の保護を確保するために」、連邦

<sup>178</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.439.

<sup>179</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.440, S.442.

<sup>180</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.440, Fn.50.

<sup>181</sup> BverfG 7.2.1990 (Fn.1) unter C I 2.同判決では、代理商の職業の自由を制限する規定の違憲性が問題となった。Preis によると、「立法者またはその代わりに裁判所は、当事者の力の平等がほぼ欠いている場合には、私法において契約上の制限に対して職業の自由を保護するための予防措置を創りだす義務を負う」ことが明らかにされたとする。

憲法裁判所は、国家に調整的に介入する義務を命じるとする。この国家の介入は、一方当事者の過小保護を下回るものであってはならないが、他方当事者の基本権への過剰な介入であってはいけない。連邦憲法裁判所は、契約の平等が害され、そして相当な法律上の利益調整がなされていない場合に過剰介入の禁止として作用する民法上の一般条項

(BGB138 条、BGB242 条、BGB315 条) を使用して基本権の保護任務を果たすよう裁判官に命じているとする<sup>182</sup>。

それでは、一方当事者の自己決定が害されているとき、裁判所がどのような要件の下で私法上比例原則を直接的に適用しうるのか。この点、5 つの要件が示される<sup>183</sup>。第 1 に、「単に法主体（行為者）の事實的または法的な力関係(Machtposition)が存在する場合のみ、比例原則が他方主体の保護のために適用されうる。そのことは典型的には——しかしもっぱら必然的ではないが——形成権<sup>184</sup>」である。第 2 に、相手方の利益に配慮せずに「自己の利益を貫徹する行為者の法律上及び事実上の可能性が」第 1 のことに伴わなければならない。第 3 に、介入者(Eingreifenden)の判断裁量が問題となる。すなわち、「判断裁量の範囲が大きければ大きいほど、法秩序は介入者に代替的な措置をそれだけ一層定めない。…行為者の基本権の地位が保護に値するものであればあるほど、それだけ一層措置は存続しなければならない。被害者(Betroffenen)の基本法上の保護地位(Schutzposition)により強く介入されればされるほど、むしろ行為者は制限されなければならない」。第 4 に、「介入の可能性または形成の可能性に先立つ、契約及び法律上の利益調整の方法と種類が重要である。例えば、形成権がその実質的な制限なしに、または被害者個人にある正当化根拠とは無関係に認められる場合には利益調整が欠けている。第 5 に、「被害者の法的地位の意義及び重要性が吟味されねばならない。被害を受けた権利領域(Rechtskreis)が基礎的なものであればあるほど、比例原則に基づく権利統制はいっそう綿密に、より厳しく行われなければならない」。

Preis は、これらの 5 つの枠条件(Rahmenbedingugen)が介入行為の被害者にとって存在しているところでは、法益を衡量した(güterabwägenden)相当性統制に至る精緻な比例性審査が必要となりうるという。その一方、一つか複数の条件しか存在していない場合、権利統制の度合いが同原則に基づき審査され、それに応じて適合性及び必要性の個別原則

<sup>182</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.442.

<sup>183</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.446ff.

<sup>184</sup> この主張に際しては、Teichmann, a.a.O. (Fn.114), §242 Rn.56.が参照されている。

に制限されるという<sup>185</sup>。こうした要件の下で適用される比例原則は、すでに法が同原則を具体化している場合には基本的に考慮されることはなく、補充的な紛争解決ルールの意味において「最終手段の原則」として位置づけられるという<sup>186</sup>。

Preis は、以上の要件の下で比例原則の適用場面として形成権をあげる<sup>187</sup>。なぜなら、「形成権はまさに一方的に、執行に類似し、形成権の相手方の利益とは無関係に利益追求の目的を有しうるから」である。形成権の具体的な場面は、労働関係における全ての一方的な給付の特定、正当防衛及び自力救済権の行使（BGB227 条、BGB228 条）、留置権の行使、契約の解除、組合からの組合員の除名であるという。さらに、内容規制に関しても契約条件が一方的に設定され、劣位当事者の契約の自由が制限されるため、比例原則が適用されうるとする。相手方を不相当に不利に扱う契約条項が無効を導くことを定める AGB 法<sup>188</sup>による内容規制は、法典化された私法における比例原則の具現化であるとみる<sup>189</sup>。

#### b v.Hoyningen-Huene の見解

v.Hoyningen-Huene は、「労働法における警告」をテーマとした論説の中で私法上の比例原則を論じる<sup>190</sup>。この見解も Preis 説と同様、民法における比例原則の理論的基礎、特にその適用領域と内容が十分に探求されてこなかったとの認識を出発点とする<sup>191</sup>。まず検討の前提として、比例原則は単に調整的な原理にすぎず、それ自体は評価を伴うことによってはじめて補充される空虚な形式(Leerformel)とみる。そのため、形式的な原則として、比例原則それ自体は内容上の基準を持たず、個別事例の評価を伴って具体化されるとする。

その上で、比例原則の適用領域が次のように説明される<sup>192</sup>。「比例原則を詳細化するためには、実定法にある評価基準に遡ることができる。比例原則はまさに現行法の実現のために資するが、法適用者に自らの正義の観念(eigenen Gerechtigkeitsvorstellung)のため

---

<sup>185</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.447.ただし、その具体例は述べられておらず、内容は不明確である。

<sup>186</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.447ff.

<sup>187</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.452ff.

<sup>188</sup> Preis の論文は 1999 年であるため AGBG を対象としているが、AGBG の規定は 2002 年の債務法改正により、民法典の中に組み込まれている（詳細は第 3 章を参照）。

<sup>189</sup> Preis, Verhältnismäßigkeit (Fn.171), S.456.

<sup>190</sup> Gerrick von Hoyningen-Huene, Die Abmahnung im Arbeitsrecht, Recht der Arbeit, 1990, S.195ff.

<sup>191</sup> Hoyningen-Huene, a.a.O. (Fn.190), S.196.

<sup>192</sup> Hoyningen-Huene, a.a.O. (Fn.190), S.196.

の関門(Einfallstor)を提供するものではない。したがって、比例原則は、契約の内容形成には適用されない。契約当事者には、契約の内容を自主的に規律することが自由に委ねられているところ、私的自治は BGB138 条のような法律上の規定がある場合に制限されるのであり、比例原則によって制限されるのではない。また一般的な契約法の権利主張にも同様のことが妥当し、比例原則は契約に従った権利行使にも適用されないという。

他方で、次の場合には比例原則の適用領域が開かれるとする。それは、「ある契約の一部分に、他方の契約当事者にある法的地位に一方的に介入する法律上の可能性が認められている場合」である<sup>193</sup>。この具体例として、BGB227 条が示される。同条では、成功が見込まれ、そして攻撃者の法的財貨に最も危険が及ばない行為、つまり最も緩やかな手段を意味する防御行為のみが認められるという。これに続き、締結された契約の存続または内容に一方的に介入する解除権や代金減額請求権の行使は、他方当事者の契約に反する行動が単に軽微に過ぎない場合には排除されるとする（BGB 旧 459 条 1 項 2 文<sup>194</sup>、BGB 旧 468 条 1 項 2 文、BGB 旧 542 条 2 項<sup>195</sup>、BGB 旧 634 条 3 項<sup>196</sup>）。さらに、一般的には、給付拒絶権は当該拒絶が極端に軽微であることを理由に信義則に反するであろう場合には行使されえない（BGB320 条 2 項）。確かにこれらの規定からは、軽微な義務違反には法的効果がないままとすべきであるということは一般的には推論されないが、その法的効果が広範囲に影響を及ぼすもの、または明らかに不相当なものであってはならないという。そのため、軽微な期限の超過に基づく契約の解除権は、その延期が権利者に期待可能であり、かつ解除権の行使が相手方に重大な不利益と結びつく場合には行使することができないとする<sup>197</sup>。

---

<sup>193</sup> この主張に際しては、Preis, Prinzipien (Fn.28), S.285ff.や J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 BGB, Rn.683 があげられる。

<sup>194</sup> 【BGB 旧 459 条】（物の瑕疵に対する責任）

1 項「物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転した時に、物にその価値または通常の使用もしくは契約によって予定された使用に対する適性を消滅または減少させる欠点がないことについて、責めに任ずる。価値または適性の軽微な減少は考慮しない。」

<sup>195</sup> 【BGB 旧 542 条】（使用の不許与による即時告知）

2 項「軽微な障害または使用の妨げを理由として、解約告知は、それが賃借人の特別な利益によって正当化される場合のみ認められる。」

<sup>196</sup> 【BGB 旧 634 条】（担保責任；解除、減額）

3 項「瑕疵による仕事の価値または適性の減少が軽微なときは、注文者による解除の請求が排除される。」

<sup>197</sup> Hoyningen-Huene, a.a.O. (Fn.190), S.196.

### c Singer の見解

Singer は、著書『意思表示法における自己決定と信頼保護』において、錯誤者とその相手方の信頼の保護を調整する手法として比例原則に着目する<sup>198</sup>。

まず同見解は、法思想としての比例原則が私法においても通用するとみる。ただし、適合性・必要性・均衡性から成る「過剰介入の禁止」<sup>199</sup>が私的自治の原則と対立するために制限なく適用されず<sup>200</sup>、この統制を認めることは私的自治の広範な空洞化(Aushöhlung)を招くとの懸念を示す。ただし、法律関係の高権的な姿(hoheitliche Gestaltung)が存在する場合には、私法主体の自己決定の自由と抵触せず、こうした懸念は存在しないという。

それでは、具体的にどのような場合に比例原則が効力を有するのか。この点、権利の行使、特に形成権の行使があげられる。形成権の行使は、比例性の要請に反するときには認められないとされる<sup>201</sup>。ここで、Singer は、Canaris によって「私人の法的権能の一方的な行使を規律し、統制するための最も重要な手段」であるとの評価を与えられていることを指摘する<sup>202</sup>。その上で、比例原則が法律上表現された規定として、BGB138 条 2 項、226<sup>203</sup>条ないし BGB230 条<sup>204</sup>、BGB242 条、BGB320 条 2 項、BGB343 条、BGB 旧 459 条 1 項 2 文、BGB 旧 468 条 1 項 2 文、BGB 旧 542 条 2 項、BGB 旧 633 条 2 項 3 文、

---

<sup>198</sup> Reinhard Singer, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärung, C.H.Beck München, 1995, S.91ff.

<sup>199</sup> Singer がこの主張を示す際には、Übermaßverbot の語が使用されているので、本文では「過剰介入の禁止」と訳出する。もっとも、これは「比例原則」と同義で使用されているとみられる。

<sup>200</sup> Singer, a.a.O. (Fn.198), S.93ff.

<sup>201</sup> Singer, a.a.O. (Fn.198), S.94. Singer がこの主張を述べる際に、脚注において本節 1(1)e の Roth の見解及びの g の J.Schmidt の見解への言及がなされる。Singer によると、これらの見解は、比例性の効力を単に、相手方の過失ある行動への対応として認められうる権利者(Berechtigungen)の制限として理解しているところ、そうした限定では狭すぎると批判する。Singer は、比例性の効力は、単に主観的な権利の方法から特定されるのではなく、むしろ私的自治の原則との調整を評価して特定されるという。

<sup>202</sup> 本章第 2 節 1b を参照。Canaris, ZHR (Fn.84), S.128f.

<sup>203</sup> 【BGB226 条】（シカーネ〔加害目的の権利行使〕の禁止）

「権利の行使は、それが他人に対して損害を与える目的のみで行われる可能性があるときは、許されない。」

<sup>204</sup> 【BGB230 条】（自力救済の限界）

1 項「自力救済は、危険の回避のために必要である範囲を超えて継続して行ってはならない。（以下、略）」

BGB 旧 634 条 3 項があげられるほか<sup>205</sup>、損害の調整に関する BGB251 条 2 項及び BGB254 条<sup>206</sup>、さらには BGB122 条 1 項<sup>207</sup>も比例性の思想の表れとみうると主張する。

#### d Heinrich の見解

Heinrich は、著書『形式的自由と実質的正義』の中で、民法における比例原則の基礎づけ・適用範囲と効力を説明する<sup>208</sup>。

まず Heinrich は、①適合性、②必要性、③相当性から成る比例原則（過剰介入の禁止）は、私法にも同様の基本思想が適用されること、しかし「国家法上の要求 (Anforderung) は、直ちに民法へ転用されない」という点で一致をみているとする<sup>209</sup>。なぜなら、比例性原則 (Das Verhältnismäßigkeitsmaxime) は、国家と市民の関係に照準を合わせたものであり、市民同士の関係ではないからである。したがって、「民法における比例性は、基本法よりも厳格でない基準で解釈されなければならない」という。

---

<sup>205</sup> これらの規定に関しては、J.Schmidt, a.a.O. (Fn.119), §242 Rn.683.; Canaris, ZHR (Fn.84), S.129 が参照されている。

<sup>206</sup> 【BGB254 条】（共同の故意・過失）

1 項「損害の発生に被害者の故意・過失が寄与しているときは、損害賠償の義務及びなされるべき損害賠償の範囲は、諸事情、特に損害がどの程度に主として一方または他方の当事者によって引き起こされたのかに依存する。」

2 項「被害者の故意・過失が、債務者が知らず、かつ、知り得べきでなかった著しく高い損害の危険性に債務者の注意を喚起する行為をしなかったこと、または被害者が損害を回避もしくは減少させる行為をしなかったことに限定されるときも前項と同様である（以下、略）。」

<sup>207</sup> 【BGB122 条】（取消しを行う者の損害賠償義務）

1 項「意思表示が第 118 条の規定により無効である場合または第 119 条、第 120 条の規定により取り消された場合において、表意者は、その意思表示が他人に対して行われたときは、この相手方に対して、それ以外の場合は第三者のそれぞれに対して、これらの者が意思表示が有効であることを信賴したことにより被った損害を賠償しなければならないが、損害賠償は、相手方または第三者が、意思表示が有効であれば有したこととなる利益の額を超えることを要しない。」

2 項「損害賠償義務は、損害を被った者が無効もしくは取消可能性の原因を知りまたは過失により知らなかった（知りうべきであった）ときは、生じない。」

<sup>208</sup> Christian Heinrich, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit: die Grundlagen der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Mohr Siebeck, 2000, S.471ff.

<sup>209</sup> Heinrich, a.a.O. (Fn.208), S.471.

それでは、いかなる場合に過剰介入の禁止<sup>210</sup>が判断基準として援用されうるのか。この点、過剰介入禁止は、契約統制の基準として「実質的な事情が形式的な自由を制限する場合」<sup>211</sup>、つまり「他方当事者に防御可能性を開く(offenstehen)ことなく、他方当事者の権利領域に介入がなされる場合」に援用されるとする<sup>212</sup>。それゆえ、形成権の領域（例えば留置権の行使）は比例原則の適用場面であるとする。「各契約当事者がその自由領域を実現することができる場所では、法律上の規準が比例原則をすでに詳細に整理しているところと同様に」一般的な比例性審査は不要であると説く。つまり、「公法と比較して、私法は一般的な比例性統制を有していない」<sup>213</sup>。民法上比例原則が適用されるのは、「私法秩序によって与えられた公正な利益調整の可能性が機能不全に陥ったとき(versagen)」のみであるとする。

続いて、Heinrich は、上記場面で用いられる比例原則の性質に言及する<sup>214</sup>。比例原則とは、形式的・調整的な性質であるとする。そのため、同原則は「評価の内容(Wertgehalt)または評価の基準を含んでおらず、完全に価値判断を加えておらず、個別事例の判断のための規準を立てるものでも実質的に構成するもの(konstitutiv)でもない。過剰介入の禁止からは、それ自体、一般条項の具体化のための説得力のある決定要素は取り出されない」。比例原則は、「法秩序の実質的な基準、それぞれの法領域または該当する一般条項を考慮してはじめて、個別事例において的確な結果を可能にする」と分析する。

その上で、比例原則を構成する個別原則の内容が説明される。均衡性の原則（狭義の意味の比例原則）は、規模の大きさ、通常の場合には「目的と手段との間が並外れた関係にあってはならないということを表現して」おり、無制限に適用されるという。その原則は、全ての重要な事情を相互に衡量し、ある手段の使用により生じる不利益が大きい場合に当該手段が行われたいとするものである。この点で、動的システムにおいて行われる利益衡量と異ならない。一方、適合性及び必要性の原則は、個別事例の判断のための基本構

---

<sup>210</sup> Heinrich の論稿では、比例原則(der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)と過剰介入禁止(Übermaßverbot)の用語が区別されずに、同義として用いられているようである。そこで、本文では、原文に即して「過剰介入禁止」と訳出する。

<sup>211</sup> Heinrich は、この主張と同様のものとして、Canaris, ZHR (Fn.84), S.129; Mayer-Maly, ZfA1980, S.473,483 をあげ、Preis, Prinzipien (Fn.28), S.278 もおそらく同様の主張だとする。

<sup>212</sup> Heinrich, a.a.O. (Fn.208), S.472 Fn.12.この主張に際しても Preis, Prinzipien (Fn.28), S.285ff.があげられている。

<sup>213</sup> Heinrich, a.a.O. (Fn.208), S.473.

<sup>214</sup> Heinrich, a.a.O. (Fn.208), S.473ff.



造を予め定めるものであり、「望まれた効果の助けによって要求されうる手段は適合的であり、複数の適合的な手段から、個人を最も侵害しない手段が選ばなければならない」との結果を生じさせるとみる。

Heinrich は、こうした比例原則には次のような利点があるという。同原則は、絶えず発展しうる環境(Umfeld)のために開かれており、「個別事例の一般条項の具体化のために関連する規範的な観点や一般的な法原則を結び付け、そして比例性の観点の下で関連付ける可能性を有している」。こうした調整的な性質を持つ比例原則は、実質的な統制要素との結びつきを確保する。その結果、「一般条項の具体化は、より精密に予見可能なものとなり、そして実際に使用可能なものとなる」。「比例性の具体化の枠組みは、他の権利領域に広範に介入すればするほど、介入を正当化する為の利益が重要なものでなければならない」というように構造化されるという。

最後に、Heinrich も Preis と同様、比例原則が実定法上具体化されている場合には一般的な比例原則に遡ることが禁じられると述べ、同原則を補充的な紛争解決法則(Konfliktlösungsregel)及び衡量法則(Abwägungsregel)と捉える<sup>215</sup>。

#### e Feuerborn の見解

Feuerborn は、労働法における比例原則を論じる中で比例原則の一般理論及び民法における同原則の基礎づけを述べる<sup>216</sup>。その際には、a の Preis 説を脚注で引用しており、その影響がみられる。

まず Feuerborn は、比例原則及びその個別原則の性質を説明する。「適合性及び必要性のメルクマールは、他の具体的な法命題に切り替えられる必要がないほど具体的である。それらは、独自の判断の指針を有している」。したがって、それらの原則については、衡量は行われたいとする。必要性の原則に関しては、措置の必要性（最終手段の原則）の綿密な審査によって、目的にかなった解決が可能となると好意的に評価する。他方、狭義の意味における比例性（比例性〔Proportionalität〕、相当性〔Angemessenheit〕）の個別原則は、独自の内容上の基準を有しないというよりはむしろ、「手段と目的との衡量を示すもの」と理解される。それゆえ、あらゆる法益衡量及び利益衡量は、対立している利益

---

<sup>215</sup> Heinrich, a.a.O. (Fn.208), S.475.

<sup>216</sup> Andreas Feuerborn, Sachliche Gründe im Arbeitsrecht-Konkretisierung eines normativen Rechtsbegriffs zwischen Vertragsfreiheit und Arbeitnehmerschutz, Verlag C.H.Beck, 2003, S.206ff.

の相当な（つまり比例的な）調整をもたらすという目的を有しており、この原則は完全に法益衡量及び利益衡量の原則に吸収されるという。このように Feuerborn は、狭義の意味の比例性、すなわち手段と目的を衡量する均衡性の原則を、法益衡量及び利益衡量の一部として理解する。

次に、Feueborn は、民法や労働法において比例原則が適用される理由を探求する<sup>217</sup>。なぜなら、比例原則は、行政法や憲法では国家に対する市民の自由領域を実現化し、立法者や行政機関の立法裁量を制限するために発展してきたところ、「直ちに民法上及び労働法上の事例形態に転用されえない」からである。比例原則の機能及び由来からは、一般的な比例原則が民事法及び労働法においては契約規制のために原則的には援用されえず、私的自治の原則及び契約自由の原則が比例原則を排除すると主張される。ただし、次の場合には比例原則の適用が例外的に考慮されたとする。それは、契約当事者の優位性に基づき契約の自由が機能せず、その結果、国家と私人との間の上下関係と比較可能な力の不均衡が存在する場合である<sup>218</sup>。もっとも、比例原則は、その他の契約の内容規制の制度と比較すると、単に副次的な意義を有するにすぎないとの留保が付される。それに対して、私法において比例原則の適用領域が開かれるのは、その法状態がもっぱら他の当事者の関与なく形成されうる「一方的な法律行為のコントロールの場合」であるとする。例えば、労働関係における一方的な給付の特定（BGB315 条）、留置権の行使（BGB273 条<sup>219</sup>）、または契約関係の解約などの形成権の行使は、市民に対する国家の一方的な形成権に類似していると主張する。

このように比例原則が私的自治及び契約自由の原理と対立しない場合には、一般的な比例原則が法律上具体化されているかどうかの問題となるとする。Feuerborn も、立法者が特定の法領域の細分化された規定を通じて利益対立を相当に調整している場合には、一般的な比例原則に遡ることは排除されるという<sup>220</sup>。比例原則のうち、必要性の原則は BGB227 条に、狭義の意味の比例性（均衡性の原則）は BGB138 条 2 項において具体化

---

<sup>217</sup> Feuerborn, a.a.O. (Fn.216), S.207.

<sup>218</sup> この説明に際しては、Jakobs, a.a.O. (Fn.39), S.129ff.や Preis, Prinzipien (Fn.28), S.271ff, 274ff.が脚注にあげられている。

<sup>219</sup> 【BGB273 条】（留置権）

1 項「債務者が、自己の義務の基礎となっている同一の法律関係から、履行期の到来した請求権を債権者に対して有するときは、その債務関係から別段のことが生じない限り、自己に対する給付が行われるまで、自己が債務として負う給付を拒絶することができる。」

<sup>220</sup> Feuerborn, a.a.O. (Fn.216), S.207ff.

されている。そして、後者については「顕著な不均衡(auffälligen Missverhältniss)」という文言が入っており、個別原則が適用領域で修正されるとする。

## (2) 学説のまとめ

以上の見解のうち、bを除く見解では次の点で一致がみられる。それは、公法上の比例原則を私法にそのまま転用することは妥当でないということである。なぜなら、公法では比例原則は国家に向けられたものであるところ、私法では比例原則の名宛人が異なっているからである。そして、全ての見解に共通して、比例原則（過剰介入の禁止）は、私的自治の原則や契約自由・自己決定の自由と対立・抵触する恐れがあるとする。すなわち、私法では自己決定の自由を認めており、当事者が自由に法律関係を形成できることから、当事者間の自己決定に疑問の余地がないところでは比例原則は適用されないとする。

それでは、私法・民法における比例原則はどのように基礎づけられるのか。この点、一方当事者による他方当事者の法的地位への一方的な介入がみられる場合に比例原則が適用されると解されている。学説では、「一方当事者の優位性」（aのPreis、eのFeuerborn）、「当事者の事実的または法的な力関係」（aの見解）、「高権的な介入」（cのSinger）、国家と私人との間と比較しうる当事者間の「上下関係」（eの見解）といった表現が用いられている。これらの見解では、当事者間の格差が重視されている。他方で、当事者間の優位性という用語を使わず、単に一方当事者が他方当事者にある法的地位に一方的に介入する状況を指摘する見解（bのHoyningen-Huene、dのSinger）もみられる。aの見解が指摘するように、一方当事者の優位性が存在する場合には、他方当事者の自己決定が害され、当事者間の公正な利益調整を行っている契約法が機能不全に陥る（a・d・eの見解）。したがって、このような状況がある場合、比例原則は当事者の自己決定と矛盾しないという。

学説では、比例原則が形式的・調整的な性質を有することから（b・dの見解）、それ自体は実質的な内容を有さず、個別事例において関連する個々の基準と結びつくことによって具体化され、使用可能なものになるとされる（dの見解）。そのため、比例原則の内容は、同原則が適用される法領域に左右される。

それでは、比例原則はいかなる場面で適用されるのか。この点、上記見解で一致しているのは、形成権の行使である。なぜなら、形成権は一方当事者が他方当事者の法的地位に一方的に介入する状況があるからである。その具体例として、民法上では正当防衛や緊急

避難があげられる。そこでは最も緩やかな防衛行為のみが認められるとされることから、「必要性の原則」が用いられているとみうる。他方、契約法の場面では、a の見解が必要性の原則も含んだ意味での比例原則が適用されるとしているが、その内容は明確ではない。

そのほか比例原則の適用場面として、留置権の行使や解除権・解約権の行使の排除があげられる (a・b・c・e の見解)。後者では、軽微な義務違反に対して解除権の行使が制限されるどころ、そこでは「均衡性の原則」が問題となっている。「均衡性の原則」とは、目的と手段との間に並外れた関係があつてはならず、手段の使用により生じる不利益が大きい場合には当該手段の使用を制約するものと理解されている (d・e の見解)。上記解除権の制限では、義務違反に対して明らかに不相当である手段の使用が制限されるという点で、均衡性の原則が作用しているとみうる (b の見解)。さらに、均衡性の原則は、暴利行為 (BGB138 条 2 項) や相手方を不当に不利に扱う約款条項 (AGBG9 条) でも適用される可能性が示されている (a の見解)。それに対し、原則的に契約の内容形成や権利行使の規制ではその原則が適用されないとする見解もみられる (b の見解)。なお、2(1)の見解では、比例原則の内容として「適合性の原則」が含まれることは否定されてはいない。ただし、その原則がどのように作用しうるのは上記見解からは明らかではない。

### 3 利益衡量・衡平としての性質に着目する立場

#### (1) 学説の見解

次に、比例原則の衡量としての性質に着目し、同原則を基礎づける立場をみていく。以下では、この立場の見解として、Bieder、Stürner、Haßfuter の見解をみていく。

##### a Bieder の見解

Bieder は、著書『私人の権利行使の制限としての比例原則』において「不文の法原則」としての比例原則を検討する。まず Bieder は、「上位に位置づけられた一般的に通用する法原理としての比例性」が公法だけでなく、私法のほぼ全ての領域に妥当する旨を述べる<sup>221</sup>。そして、比例性の要請(Verhältnismäßigkeitspostulat)が法秩序の全ての部分で適

---

<sup>221</sup> Marcus Bieder, Das ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzips Schranke privater Rechtsausübung, C.H.Beck, 2007, S.5.

用され、市民間の対立の解消のために資するとみる<sup>222</sup>。もっとも、比例原則による行動の制御は、私的自治の原則と緊張関係にあるとする。具体的には、公法で用いられている厳格な必要性の原則は契約法に適用されないという。なぜなら、その原則は私人の行動を制御しすぎる結果となり、私的自治の原則に反するためである<sup>223</sup>。したがって、私法・民法上の比例原則を基礎づけるために公法上の議論をそのまま援用することを否定する<sup>224</sup>。

そこで、Bieder は、私法の主体間において比例原則が行動統制のためにどのような場合に取り入れられるのかという問題を検討する。この問題に関して、自己のためにする行為を利己的行為(eigennützigen Tätigkeit)、他人のためにする行為を利他的行為(fremdnützigen Tätigkeit)と呼び、この区別に基づく検討がなされる<sup>225</sup>。

まず契約法では利己的行為が中心であり、事後的法律関係において比例原則が適用される例として<sup>226</sup>、原状回復義務の制限 (BGB251 条 2 項)、給付拒絶権 (BGB275 条 2 項・BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項)、わずかに残存している反対給付を理由とした給付拒絶の抗弁 (BGB320 条 2 項)、違約金の減額 (BGB343 条 1 項) などがあげられる。これらの場面では、衡量される対象や不均衡性の程度、効果等はそれぞれ異なり、個別事例の事情に応じて決定されたとする<sup>227</sup>。その一方、比例原則が具体的な紛争のために個々の利害関係をその重要性に応じて評価し、個別事例の正義の確立に資する点では共通性を有するとみる<sup>228</sup>。さらに、上記の明文規範からは、「権利行使が他人の権利または法的に保護された利益への侵害をもたらす場合には、自己の利益を最大化するために権利を無制限に使用してはならない」という考えが導かれるという<sup>229</sup>。そして、明文法に含まれない不文の比例原則は、「権利を無制限に行使してはならない」という意味において、信義誠実の原則の下にある権利制限機能に位置づけられるとする。

他方で、利他的行為の場合、つまり私人が他の私人の利益のために積極的に行為をする状況がある場合には必要性の原則も適用されたとする。なぜなら、国家が私人のために行動する状況と私人が他の私人のための行動する状況には類似性がみられるからである。利

---

<sup>222</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.11

<sup>223</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.39ff.

<sup>224</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.101ff.

<sup>225</sup> 利己的行為と利他的行為の区別については、Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.227.

<sup>226</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.183～189.および S.229～240.の内容をまとめたものである。

<sup>227</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.185ff.

<sup>228</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.184ff,188.

<sup>229</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.189.

他行的行為の事例として、信託における受託者の行動があげられる。信託では、委託者との取決めにより財産の運用を任される受託者は、自身の有利になるような行為をしてはならない。むしろ、受託者は信託の目的を達成するために適合的であつ必要以上の負担をもたらさないような措置を行うことが義務づけられており、自身の利害を先行させてはならない。そのため、このような利他的行為の場面では、適合性・必要性の原則の適用はその名宛人の私的自治の原則と衝突しないと主張する<sup>230</sup>。

#### b Stürner の見解

Stürner は、教授資格論文『債務契約法における比例原則』<sup>231</sup>において比例原則を詳細に検討する。同論文の目的は、比例原則が契約法に存在しているか否か、どの程度その概念が公法において用いられてきた法像(Rechtsfigur)と一致し、いかなる場合にその一般的な原理が二当事者の契約関係に影響を及ぼす具体的なルール形で表れているのかを解明する点にある<sup>232</sup>。なぜなら、比例原則は私法においても通用することが認識されている一方で、今までほとんど詳細に検討されてこなかったからである。

Stürner は、比例原則を分析する際の前提として、公法と私法との差異を指摘する。公法では、比例原則が市民の権利への侵害における国家行為の統制及び制限手段としての役割を果たしてきた。その一方、私法では国家と市民関係ではないために公法上の比例原則を私法に転用することは適切ではないと説く<sup>233</sup>。また Preis 説のように、国家と私人の關係に類似するような私法当事者間の「構造上の不均衡」を正当化根拠とすることも妥当でないとする。なぜなら、私法は原則的に全ての権利主体の形式的に平等な資格を前提としており、必ずしも当事者の特別な薄弱状況と結び付けられるわけではなく、なぜ当事者間の不均衡が比例性によるコントロール(Verhältnismäßigkeitskontroll)を作動させるのかが明らかではないからである<sup>234</sup>。さらに Bieder 説に対して、私法における比例原則の根拠を探究する際に公法との類似性を見出すことも意味がないとする。なぜなら、比例性の考えは、給付義務の制限の伝統的な手段に属するものであり、その構造化は私法自体で考えられなければならないからである<sup>235</sup>。

---

<sup>230</sup> Bieder, a.a.O. (Fn.221), S.261ff.

<sup>231</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155)

<sup>232</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.4.

<sup>233</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.19ff.

<sup>234</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.21.

<sup>235</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.289ff.

そこで、Stürner は、債務契約法における比例原則の具体例として給付と反対給付の不均衡（BGB138 条 2 項）、約款条項の規制（BGB307 条<sup>236</sup>）、違約金の相当性統制（BGB343 条）、債務者の給付拒絶（BGB275 条 2 項 3 項・BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項）、軽微な義務違反に基づく解除権の制限（BGB323 条 5 項 2 文）、行為基礎の喪失における契約調整（BGB313 条<sup>237</sup>）を分析する。この個別原則の分析を踏まえて、私法における比例原則の構造を次のように説明する。

まず必要性の原則は、追求された目的を達成するために具体的な事例において最も緩やかな手段を命じる原則である。この「厳しい判断ルール」は、行為者の手段選択の自由を認める私的自治の原則と相いれず、「当該行為の相手方の利益が行為者の利益よりも一方的に優遇される」結果となるために契約法では適用されない<sup>238</sup>。契約法では、債務者が契約の締結によってその領域への介入に前もって同意しており、契約それ自体が契約上の権利行使を正当化しているからである<sup>239</sup>。また必要性の原則は、目的を達成するために適合

---

<sup>236</sup> 【BGB307 条】（内容規制）

1 項「約款に含まれる規定は、当該規定が信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方を不相当に不利益に取り扱うときは、無効とする。不相当に不利益な取扱いとは、規定が明確かつ平易でないことから生じる。」

2 項「ある規定が次の各号のいずれかに該当する場合であつて、疑わしいときは、不相当に不利益は取扱いと推定する。

1 号 逸脱された法律の規定における本質的基本思想と相いれないとき

2 号 契約の性質から生じる本質的な権利または義務を著しく制限し、契約目的の達成を危殆ならしめるとき」

3 項「第 1 項及び第 2 項並びに第 308 条及び第 309 条の規定は、法律の規定の逸脱した規律またはこれを補充する法律を合意した約款に含まれる規定についてのみ適用する。第 1 文に該当しない規定は、第 1 項第 1 文と結合した第 1 項第 2 文により無効とする。」

<sup>237</sup> 【BGB313 条】（行為基礎の喪失）

1 項「契約の基礎となっていた事情が契約締結後に著しく変更し、かつ、当事者双方が当該変更を予見することができた場合において、契約を締結せず、または内容の異なる契約を締結したであろうときは、個々の場合における諸般の事情、特に契約上または法律上のリスク分配を考慮して、契約を改訂しないで当事者の一方を拘束することが期待不可能な限りで、契約の改訂を請求することができる。」

<sup>238</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.426ff.

<sup>239</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.320. この主張は、Hans Hanau, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranke privater Gestaltungsmacht: Zu Herleitung und Struktur einer Angemessenheitskontrolle von Verfassungen wegen, Mohr Siebeck, 2004 に向けられたものである。同書では、契約法における債権者の権利行使（形成力）が許容される限度を超えた場合には債務者の自由領域への介入になりうるとして、憲法と私法に共通して比例原則による制約が生じるとする。これに対して、Stürner は、Hanau の見解は、いつ当事者がその自由領域への侵害に十分に同意していないのかという問題に関して従来の私法理論以上に精密化された基準を作り出しておらず、

的な手段であることを前提としているために、適合性の原則（目的を達成するために適合的な手段でなければならないとする原則）には独自の意義が認められない。したがって、契約法においては、目的と手段との関係は審査されず、手段の適合性の問題も考慮されないと説く<sup>240</sup>。

Stürner は、契約法における適合性及び必要性の原則を否定する観点から、本節 2(1) a の Preis 説にも批判を向ける。Preis は、「法主体の事實的または法的な力関係」やその関係を通じて与えられた「相手方の反対利益を顧慮することなく自己の利益を貫徹する可能性」に着目する。これに対して、Stürner は、形成権は形成の相手方が自己の領域への介入を事前に同意したか、法律上の形成権に関しては基本的には相手方の事前の行動をきっかけとするため、上下秩序関係(Über-Unterordnungsverhältnis)が論じられるべきではないとする<sup>241</sup>。また形成権の 1 つである解除・解約前の警告が学説・判例により必要性の原則の表れとされていることにも疑問を呈する。警告は、債務者に義務違反に対する重大な結果（制裁）を事前に警告することで可能な限り契約を維持しようと試みるものである。そのため、警告は契約を終了させるための前提条件であり<sup>242</sup>、解除・解約に対して緩やかな手段ではなく、別の手段であるという<sup>243</sup>。

これに加えて、Stürner は、必要性の原則に関連して本節 1(1) g の J.Schmidt の見解も批判する。この見解は、一方当事者の過失ある行動に対する他方当事者の対応を 3 つに分類する。第 1 に、過失がある行動が他方当事者の利益に影響しない場合には制裁を加えてはならない。第 2 に、その行動が単に些細な結果をもたらすにすぎない場合は、通常、影響が重大な対応は全く行われぬ。第 3 に、些細な侵害を超える場合には、相当な制裁が行われても良いが比例原則の観点から最も緩やかな手段のみが許されるとする。

Stürner は、この見解の問題点を次のように示す<sup>244</sup>。第 1 の事例は、比例原則の適用事例ではない。契約当事者の利益が害されていない場合、通常では制裁権が生じない。第 2 と第 3 の区別は困難であり、そうした区別により対応に差異を設けることは正当化されない。両事例とも制裁は不均衡なものであってはならないが、逆に権利行使が一般的に認め

---

私法上の自由の保護も全て基本権から生じることには疑問を呈する。この点については、Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.313.を参照。

<sup>240</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.325.

<sup>241</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.424ff.

<sup>242</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.325.

<sup>243</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.427.

<sup>244</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.400.



られない絶対的な軽微な限度も存在しない。J.Schmidt は、制裁の目的を同じように達成しうる複数の制裁可能性があることを前提にしているが、このことは評価問題(Wertungsfrage)である。必要性の原則では、衡量は行われない。他方、債権者にとって目的を達成するために代替的な可能性があるかどうかは、均衡性の原則の範囲では考慮されうる。ただし、代替可能性は「厳格な判断基準」としてではなく、単なる衡量基準として理解されなければならない<sup>245</sup>。権利者の手段制約に対する強制は、自力救済、正当防衛または緊急避難のように他人の権利が侵害される場合にのみ、懲罰的正義(iustitia vindicativa)や比例的な行為の報復(verhältnismäßigen Tatvergeltung)の考えから正当化されるとする<sup>246</sup>。

Stürner は、こうして契約法における必要性の原則の適用を否定し、同領域では均衡性の原則のみが用いられるとする。均衡性の原則とはそれ自体が実質的な内容を示すものではなく、具体的な事例において問題となっている価値や利益の対比によって内容を獲得する形式的な原則<sup>247</sup>（メタ原理）<sup>248</sup>とされる。その意味で、公法や私法特有の比例原則は存在せず、同原則は、原理としての性質を持つ法益・利益の対立に際して作用するという。原理とは、法律上または事実上の可能性を目指して相対的にできるだけ高い基準で実現されることを求める「最適化要請(Optimierungsgebot)」を含むものである<sup>249</sup>。比例原則

（均衡性の原則）を法益対立の際の衡量要請として捉えるならば、その原則は私法において異なる利益が対立する場合にも問題となるという。多くの私法上の規範は、私的自治の原則、より具体的には契約自由の原則であり、その際にも最適化要請が問題となる。つまり、契約上の義務が遵守されなければならないが、この原則が過大に抑制されないように例外が形成されなければならないことになる<sup>250</sup>。こうした規範の具体例として、BGB275 条 2 項があげられる。契約法では契約拘束の原則が通用しているところ、同規定は、債務者の給付に対する必要な出費と債権者の給付利益との間に顕著な不均衡がある場合に給付義務を排除する。この点でも比例原則の具体化がなされており、いつ不均衡が存在するかが利

---

<sup>245</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.401.

<sup>246</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.321.

<sup>247</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.329.

<sup>248</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.329, S.346.

<sup>249</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.331ff. これは、Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, S.75 に依拠した主張である。

<sup>250</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.333.

益衡量によって確定されるという<sup>251</sup>。こうしたルールについては、優先する原理（契約上の給付義務の原理）が必要以上に制限されてはならず、契約の拘束への固執が他方当事者の権利を必要以上に侵害する場合に法秩序が介入するという<sup>252</sup>。このように紛争解決メカニズムとしての比例原則は一方の法的地位を制限するものではなく、一方の法的地位は、他方の逆方向の法的地位によってのみ制限されるとする<sup>253</sup>。

その上で、Stürner は、比例原則と信義則との関係性を論じる。比例原則は、衡量によって対立している法的地位及び利益が調整されなければならないという要請の他にはまったく規準を設けず、信義誠実の要請、良俗に反する行動などの法倫理的な行動と関わらないとする<sup>254</sup>。契約法では、債権者と債務者の利益対立が問題となり、この両者の対立は信義則により考慮される。信義則は、十分に、かつ配慮に満ちた行動をとり、契約相手方の利益を尊重することを要請する。そのため、この要請に反する債権者の行動は信義則により制限される。いつ権利行使が認められるのかは、具体的な事例において権利の行使に対する債権者の利益と権利の行使の妨害に対する債務者の利益との対比から生じる。信義則による契約相手方の利害の考慮は比例性審査を必要とするところ、比例原則は信義則の下に吸収されると主張する<sup>255</sup>。

この主張に続いて、Stürner は、信義則の下に位置づけられる比例原則には、些細な義務違反に対して権利行使が制裁として用いられる場面（軽微性：Geringfügigkeit）があるとする。この例として、継続的債務関係における義務違反（例として本章第 2 節 2【判例 2】）、反対給付がわずかにすぎない場合の留置権の制限、代金債務の履行遅滞に対する解除権の制限などがあげられる<sup>256</sup>。多くの学説は、比例原則の適用場面を軽微性事例のみと理解する。これに対して Stürner は、その適用場面には権利の保持者のわずかな利益が他方当事者の優越的な利益と対立している場合（不均衡性：Unverhältnismäßigkeit）も含まれるとする。この例として、債務者の給付拒絶権があげられる（BGB275 条 2 項・BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項）<sup>257</sup>。これらの場面で問題となる比例原則は、権利行

---

<sup>251</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.335.

<sup>252</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.338.

<sup>253</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.334.

<sup>254</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.388.

<sup>255</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.391 によると、信義則の制限機能は比例原則の実質的な構成要素を示しているものとされる。

<sup>256</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.394ff.

<sup>257</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.401ff.

使の統制だけでなく、主たる給付義務及び付随的な給付義務の調整（契約内容の有効性<sup>258</sup>）にも作用するという。また売主の追完拒絶に関する BGB439 条 4 項では、権利濫用に至らない場合でも比例原則が問題になるとする。したがって、比例原則は権利濫用と共通する面が多いが、完全に一致するものではないとする<sup>259</sup>。そのほか瑕疵担保に基づく救済手段を定める各規範の関係にも比例原則が反映されていると指摘する<sup>260</sup>。

Stürner は、著書の結論において、比例原則を「中間的な解決」を目指したものと捉える。つまり、同原則は、比較衡量に際して取り入れられるべき観点を法適用者に前もって定める一方、個別事例において重要な要素を確定し、一般条項のような判断の枠組みの広さを認めるものとされる。この原則は、個別事例の正義にかなった解決に資するが、法的安定性の喪失という欠点も有すると指摘する<sup>261</sup>。

### c Haßfurter の見解

Haßfurter は、博士論文を基にした著書『方式と信義』<sup>262</sup>において、要式行為に際して必要とされる方式を欠いていたときであっても法律行為が例外的に無効とならない場合があるところ、その判断基準としての「比例原則」に着目する。

同書では、Stürner 等の見解を参考に、比例原則は、法的地位の対立を解消するための司法上の方法(juristische Methode)であると説かれる<sup>263</sup>。法の本質の任務は利益を保護することにあり、利益対立に際しては比較衡量が行われなければならない<sup>264</sup>。立法者は法の公布時に比例原則に基づく衡量を行っており、通常の事例では、制定法は比例性審査の結果であるという<sup>265</sup>。私法においても私法上の法益(Rechtsgüter)が相互に衝突しうる。そのため、Stürner の見解に依拠して、私法でも比例原則が「原理衡量の最適化要請(Maxime optimierender Prinzipienabwägung)」として妥当しうるとされる<sup>266</sup>。つまり、常に 2 つ

---

<sup>258</sup> 括弧部分については、筆者が補足したものである。

<sup>259</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.408.

<sup>260</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.237ff, 442.

<sup>261</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.442.

<sup>262</sup> Anna Haßfurter, Form und Treue—Die Verhältnismäßigkeit von Formnichtigkeit und Formzweck, Herbert Utz Verlag, 2016.

<sup>263</sup> Haßfurter, a.a.O. (Fn.262), S.213.

<sup>264</sup> Haßfurter, a.a.O. (Fn.262), S.213.

<sup>265</sup> Haßfurter, a.a.O. (Fn.262), S.215.

<sup>266</sup> Haßfurter, a.a.O. (Fn.262), S.216.

の法律上保護される最適化要請を目指す利益が衝突する場合、具体的には、法律上保護される他人の権利を侵害するあらゆる権利行使に比例原則が適用されると説明される<sup>267</sup>。

こうした基礎づけを踏まえて、Haßfurter は、以下の規範において同原則が法典化されていると説明する<sup>268</sup>。代表的な例として、損害賠償請求権に対する追完の優先を認める BGB281 条、給付拒絶に関する BGB275 条 2 項のほか、BGB138 条 2 項、BGB227 条、BGB228 条、BGB230 条 1 項、BGB251 条 2 項、BGB259 条 3 項、BGB320 条 2 項、BGB323 条 5 項 2 文、BGB343 条、BGB439 条 4 項、BGB536 条 1 項 3 文、BGB543 条 2 項 1 文 2 号 3 号 lit.a、BGB635 条 3 項、BGB904 条 1 文、BGB948 条 2 項<sup>269</sup>、BGB950 条 1 項などがあげられる。さらに、BGB437 条<sup>270</sup>に基づく売買目的物の瑕疵に際して段階付けられた請求権も比例原則の結果であるとする<sup>271</sup>。こうした規範からは、基本思想としての比例原則が取り出されること、そして比例原則の効力はもっぱら民法から導かれると主張される<sup>272</sup>。

これらの私法上の規範において比例原則はいかなる機能を有するのか。この点、給付と反対給付の不均衡性は、BGB138 条 2 項の要件の下で契約の無効へと至る。高額な違約金については、BGB343 条などにに基づきその額の比例的な基準への引下げをもたらす。権利保持者の不利益の軽微性（例えば BGB259 条 3 項、BGB320 条 2 項、BGB323 条 5 項、

---

<sup>267</sup> Haßfurter, a.a.O. (Fn.262), S.217ff. それに加えて、比例原則は法正義の観点からも基礎づけられるとする（同書 S.223ff.）。比例性の方法の適用は正義(Gerechtigkeit)の基本的な要求であり、比例原則は法の理念(Rechtsidee)に遡ることができるものであるという。そして、民事法においても比例原則は、平等正義(Gleichheitsgerechtigkeit)の具体化から導かれていると説明される。

<sup>268</sup> Haßfurter, a.a.O. (Fn.262), S.233.

<sup>269</sup> 【BGB948 条】（混和）

1 項「BGB947 条の規定（動産との付合）は、数個の動産が互いに混和または融合して、分離することができなくなった場合について準用する。」

2 項「混和または融和した物の分離に過分の費用を要するときも、分離することができなくなったときと同様とする。」

<sup>270</sup> 【BGB437 条】（瑕疵がある場合の買主の権利）

1 項「買主は、物に瑕疵があるときは、次に掲げる各規定による要件が存在し、かつ、別段の定めがない限り、次に掲げることを行うことができる。

1 号 BGB439 条の規定により履行の追完を求めること。

2 号 BGB440 条、BGB323 条及び BGB326 条 5 項の規定により契約を解除し、または BGB441 条の規定により売買代金を減額すること。

3 号 BGB440 条、BGB280 条、BGB281 条、BGB283 条及び BGB311a 条の規定により損害賠償を、BGB284 条の規定により無益に支出した費用の償還を求めること。」

<sup>271</sup> Haßfurter, a.a.O. (Fn.262), S.234. この主張は、Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.442f.に基づくものである。

<sup>272</sup> Haßfurter a.a.O. (Fn.262), S.235.

BGB904 条) 及び当事者の不利益の不均衡性 (例えば BGB251 条 2 項、BGB228 条) に関しては、権利を排除する機能を有するとみる。さらに、比例原則は、信義則とも密接に結びついていることも示される<sup>273</sup>。多くの見解では、比例原則を権利濫用の禁止の下位事例として捉える。つまり、私法上の比例原則とは、支配的な見解によれば信義則に対する違反を基礎づけるものであるという。この信義則の中の許されない権利行使の一事例であるのが「不均衡性」(Unverhältnismäßigkeit)である<sup>274</sup>。これは、双方の配慮(Rücksichtnahme)の要請から導かれるとされる<sup>275</sup>。つまり、権利者が個別事例において保護に値しない利益を追求していたり、相手方の優越的な利益と対立していたりする場合には権利の行使が認められない。このようにして信義則では異なる法的地位や利益の対立に際して衡量を行うところ、その際には比例原則が作用するとみる。

それでは、比例原則のうち、どの個別原則が作用するのか。この点、適合性の原則は、ほとんど實際上影響を有さないという。なぜなら、私的自治の範囲においては、行為者が自分自身で目的を決定することができるためである。当事者が自主的に合意した効果を達成するために使用した手段が不適合であるならば、その行為には利益を有さないという<sup>276</sup>。次に、Stürner とは異なり、必要性の原則も契約法において適用されうるとする<sup>277</sup>。行為者は、目的を達成するために適合的な手段を使用している。必要性の原則は、その適合的な手段の中から最も緩やかな手段を使用することを要請するため、行為者の利益は考慮されているという。したがって、必要性の原則は、私的自治の原則に反するものではなく、同原則が制限的に作用することはないとみる。この原則は、特に BGB227 条や BGB904 条 (正当防衛) のように他人の権利領域に承認せずに介入する場合に効果を発揮するという<sup>278</sup>。他方、均衡性の原則は様々な場面において開かれており、BGB138 条 2 項においては契約の有効性が、BGB307 条以下では条項の有効性が、そして BGB275 条 2 項・BGB313 条・BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項・BGB 旧 651c 条 2 項 2 文では権利行使の比例性が審査されるという。もっとも、これらの規範から、統一的な根拠に遡ることはできない。なぜなら、均衡性の原則は形式的な原理であり、それ自体に実質的な内容

---

<sup>273</sup> Haßfurter a.a.O. (Fn.262), S.238ff.

<sup>274</sup> BGH NJW 1970,1181; BGHZ 59,367f.や Mansel, Krebs, Looschelders/Olzen, Stürner 等の学説があげられる。

<sup>275</sup> Looschelders/Olzen, a.a.O. (Fn.148)の見解に依拠した主張である。

<sup>276</sup> Haßfurter a.a.O. (Fn.262), S.331.

<sup>277</sup> Haßfurter a.a.O. (Fn.262), S.326ff.

<sup>278</sup> Haßfurter a.a.O. (Fn.262), S.330.

を有さない原則だからである。したがって、均衡性の原則は、当該具体的な法的地位によつてはじめて具体的な結果がもたらされる衡量法則であると解される<sup>279</sup>。

## (2) 学説のまとめ

以上 3(1)の見解でも、2(1)の見解と同様に、公法上の比例原則を私法において援用することは妥当でないとみている（a の Bieder、b の Stürner）。b の見解では、2(1)a の Preis の見解のように「構造上の不均衡」も民法上の比例原則の正当化根拠とならないとの批判がなされる。なぜなら、民法では対等な当事者を想定しており、当事者の特別な薄弱状況と結び付けられるわけではないからである。

それでは、なぜ私法・民法において比例原則が用いられるのか。この点、3(1)では比例原則の「衡平」や「利益衡量」として性質への注目がなされる。まず、各見解において共通するのは、契約法において「均衡性の原則」の意味での比例原則は用いられるということである（ただし、a の Bieder では利己的行為について）。この「均衡性の原則」とは、それ自体実質的な内容を有するものでなく、具体的な事例において問題となっている価値や利益の対比によって内容を獲得する形式的な原則であるとされる。つまり、均衡性の原則は、法的地位及び利益が調整されなければならないという要請の他にはまったく規準を設けず、同原則が法的地位を制限するものでもないとする。そのため、b の見解によれば、契約法では、目的と手段との関係も審査されないという。公法のみならず、民法でも当事者間の利益や法益や対立することから、当事者間の利益や財貨・法益の対立を調整する際の手段としての均衡性の原則が問題になるとされる。均衡性の原則の意味での比例原則は、契約の有効性に関しては BGB138 条 2 項（暴利行為）・BGB307 条（約款規制）

（b 及び c の Haßfurter）、原状回復の制限に関する BGB251 条 2 項、BGB275 条 2 項・BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項（給付拒絶）、BGB320 条 2 項（一部の債務不履行を理由とする反対給付の拒絶）、BGB323 条 5 項 2 文（軽微な義務違反を理由とする解除権の制限）、瑕疵担保に対する救済手段の関係など多様な場面で法典化されているという。民法では、債権者の利益と債務者の不利益との対立に際して信義則が適用されるところ、均衡性の原則は信義則の下で作用すると指摘される。

---

<sup>279</sup> Haßfurter a.a.O. (Fn.262), S.332ff.

他方で、契約法における必要性の原則の適否は、学説により分かれる。まず必要性の原則は、必要最小限度の手段を命じるため、行為者の手段選択の自由を認める私的自治の原則と相いれず、当該行為の相手方の利益が優遇される結果を招くとして契約法において適用されないとする見解がある（a の利己的行為及び b の見解）。そのため、b の見解では、契約法においても必要最小限度の手段を認める 1(1)g の Schmidt への批判がなされる。また契約法では債務者の自己の権利領域への事前の同意があるとして、形成権の行使に際して比例原則を用いる 2(1)a の Preis の見解も妥当でないとする。他方で、c の見解は、必要性の原則も契約法領域で適用しうるとみる。なぜなら、必要性の原則はあくまでも行為者の目的を達成する手段の中から必要最小限度の手段を要請しているのであって、行為者の利益は考慮されているからである。もっとも、同原則が實際上機能を有するのは正当防衛や緊急避難の場面とされる。また a の見解では、法律行為のうち、私人が他の私人のために行為を行う利他的行為では、私人のために行為をする国家との類似性から必要性の原則も適用されるとする。これに対して、b の見解では、私人間の関係に公法の比例原則との類似性を見出すことには意味がないと批判がなされている。

以上の見解では、適合性の原則は、契約法では考慮されていない。その理由につき、必要性の原則は手段が目的を達成するために適合的であるところ、適合性の原則は必要性の原則の中に吸収されること（b の見解）、契約法では当事者が自己の目的を自由に決定することができること（c の見解）に求められている。

## 第 4 節 小括

### 1 比例原則の基礎づけをめぐる立場

第 3 節の議論では、私法・民法において比例原則がいかなる理由から用いられているのが争われていた。なぜなら、第 3 節 2 の立場が明確に示していたように、公法上での比例原則は国家・市民関係に用いられ、国家の権力行使の制限に向けられているところ、私法・民法では異なる理論的な基礎づけが要求されるからである。この基礎づけに関して、大別すると 3 つの立場がみられた。

第 1 に、第 3 節 1 でみたように、BGB242 条（信義則）の下で比例原則を論じる立場がある。この立場は、Hubmann の利益衡量論を契機とし、Siebert 以降今日に至るまで多くの見解から支持を集め、多数説あるいは通説をなしているとみうる。この立場では、比

例原則について「権利者が相手方に極端に過大な不利益を与え、権利者の利益を同様に満足し、かつ相手方にとってより侵害的でないあるいは緩やかな手段がある場合に権利行使が認められない」などと理解する見解が多数を占める。

第2に、第3節2でみたように、形成権の行使など一方当事者が他方当事者の権利領域に一方的に介入する状況に着目して比例原則を用いる立場がある。この立場によれば、一方当事者が優位にあり、あるいは当事者間に構造的な格差がある場合には契約法の利益調整が機能しないという。そのため、比例原則は私的自治の原則と矛盾せず、劣位にある他方当事者を保護するために同原則が適用されるとする。

第3に、第3節3でみたように、比例原則の衡量としての性質に着目することにより同原則を民法領域で基礎づける立場がある。この立場では、比例原則は、両当事者の法益・利益を衡量によって調整する原則であるとみる。公法だけでなく、民法においても当事者間の利益対立が生じるため、比例原則が民法上も妥当すると解される。

以上の比例原則の基礎づけは、比例原則を構成する個別原則の意義、個別原則のうちいかなる原則が契約法のどのような場面で適用されうるのか、という点にも差異を生じさせる。2以下では、この内容をもう一度整理しておきたい。

## 2 契約法における比例原則を構成する個別原則の内容

本章第1節によれば、比例原則は、公法領域において適合性の原則、必要性の原則、均衡性（相当性・狭義の意味の比例性）の原則から成るとされる。これらの原則のうち、適合性の原則に関しては、第3節1の立場では言及されていない。また第3節2の立場では適合性の原則を否定してはいないものの、その適用場面は明らかではない。他方で、第3節3の立場では適合性の原則の適用が問題にならないとする見解がある。なぜなら、必要性の原則とは、目的を達成するために「適合的」な手段の中から必要最小限度の手段であるか否かを問題にするところ、適合性の原則は「必要性の原則」の中に吸収されるからである。また、そもそも契約法では当事者が自身の目的を達成するために適合的な手段を行使することが前提とされていることもその理由としてあげられる。そこで、以下では、契約法における比例原則に関して中心的に議論されてきた均衡性の原則及び必要性の原則について整理していく。

### (1) 均衡性の原則の意義の相違



第3節の議論からは、契約法において比例原則の個別原則のうち、「均衡性の原則」が用いられることには異論はみられない。ただし、その意義については大別すると、次の2つの立場がみられる。

まず「均衡性の原則」とは対立する利益や法益を衡量する意味のみを有するとみる立場である（Ⅰ）。次に、同原則とは衡量だけでなく、義務違反や過失とそれに対する法的効果・対応との関係、目的と手段との関係が「不均衡・不相当であってはならない」という意味をも有するとみる立場である（Ⅱ）。

Ⅰの立場は、本節1の基礎づけの第3の立場（第3節3）においてみられる。Ⅰの立場では、「均衡性の原則」とはそれ自体実質的な内容を有さず、もっぱら利益や法益を対比する衡量手段と捉えられる（特に第3節3(1)bの見解）。契約法では「目的と手段」との審査も行われずとして、「均衡性の原則」の意味での比例原則により一方の法的地位が制限されるという効果が生じるのではないとする。この点で、「目的に対して手段が不相当であってはならない」とする本節1の基礎づけの第2の立場（第3節2(1)eの見解）との相違がみられる。本節1の第3の立場では、債権者の利益と債務者の不利益との衡量手段として、「均衡性の原則」が信義則の下で作用すると説明される。

Ⅱの立場は、1の基礎づけの第1・第2の立場から析出される。第1の立場（第3節1）では、比例原則（過剰介入禁止）を「均衡性の原則」と「必要性の原則」から成ると捉える見解が多数を占めていた。すなわち、比例原則から、相手方に極端に過大な不利益を与え、かつ権利者の利益を同じように顧慮しうる他の重大でない措置が可能である場合には権利の行使が認められないとみる見解（第3節1(1)eなど）がみられた。また比例原則を「不均衡性の禁止」と捉える見解（第3節1(1)c）や、「権利の行使は他方当事者の行動に対して不均衡な対応であってはならない」と述べる中で比例原則を論じる見解（第3節1(1)k）もみられた。この立場では、「均衡性の原則」とは、衡量だけではなく、

「軽微な過失・義務違反に対して不相当な対応や法的効果であってはならない」という意味として理解されているものとみうる。本節第2の立場でも「均衡性の原則」とは明確に述べていないものの、義務違反に対して法的効果が明らかに不相当であってはならないとする見解（第3節2(1)b）がある。さらに、「均衡性の原則」につき、目的と手段が並外れた関係にあってはならず、手段により生じる不利益が大きい場合に当該不利益が制限されるという意味で捉える見解もみられた（第3節2(1)d・eの見解）。この意味での「均

衡性の原則」は単なる利益衡量だけでなく、衡量の対象の間に「不均衡・不相当な関係があつてはならない」という意義をも有しているのではないだろうか。

## (2) 契約法における必要性の原則の適否

必要性の原則については、契約法におけるその適否について見解が分かれている。

まず本節 1 の基礎づけの第 1 の立場では、Hubmann の見解の影響を受けて、「必要性の原則」の適用を肯定する見解が一般的である。すなわち、債権者の利益が「相手方に損害を与えない他の方法で満足しうる場合には権利行使が認められない」とする見解（第 3 節 1(1)b）や比例原則を「複数の制裁手段の中では介入がより小さい手段のみを要請するもの」と捉える見解（第 3 節 1(1)f など多数）がみられる。これらの見解では、債務者の義務違反に対して複数の対応可能性がある場合、債権者には最も緩やかな手段選択が要請されることになる（第 3 節 1(1)l）。それでは、なぜ債権者には債務者にとって必要最小限度の手段が要請されるのか。この理由として、通常よりも密接な関係を伴う債務関係における信義則（第 3 節 1(1)i）、信義則に基づく配慮の要請（第 3 節 1(1)d・j）や、継続的債務関係や忠実義務がより強固な役割を担う関係（第 3 節 1(1)l）が指摘されている。

次に、本節 1 第 2 の立場では、正当防衛や緊急避難では「必要性の原則」の適用が肯定されてはいるものの（第 3 節 2(1)b）、契約法領域では具体的に言及されていない。ただし、比例原則の内容を適合性・必要性・均衡性とみる見解があることから（第 3 節 2(1)a・d）、必要性の原則の適用は否定されていないものとみうる。

他方で、第 3 の立場のうち、第 3 節 3(1)a や b の見解では、必要性の原則が私的自治の原則と対立しうるとして、同原則の契約法における適用を否定する。その観点から第 1 の立場への批判がなされる。これに対して、第 3 の立場でも、必要性の原則は債権者の利益を考慮するために私的自治の原則と矛盾しないとみる見解もみられる（第 3 節 3(1)c）。

このように必要性の原則については、契約法の適用を肯定する見解が多数説とみうるが、近時ではそれに対して否定的な見解も主張されている。

## 3 契約法における比例原則の適用場面の相違

さらに、本節 1 の比例原則の基礎づけを踏まえると、同原則の適用場面に関する差異も指摘しうる。第 1 の立場では、義務違反や過失とそれに対する対応・法的効果との関係で比例原則が問題とされている。具体的には、軽微な瑕疵・義務違反に対して債権者は追完

(代物請求や修補請求)、損害賠償、代金減額あるいは自己での修補が可能であるならば、重大な法的効果を有する解除権の行使が認められないとの見解がみられる。また比例原則は債務者の過失のある行動とそれに対する債権者の対応で問題となるため、契約の有効性の局面では同原則が問題とならないとする立場がある（第3節1(1)g）。

第2の立場では、一方当事者が他方当事者に対して一方的に介入する状況である形成権が比例原則の適用場面の代表例とされる。その具体化として、正当防衛・緊急避難、留置権もその適用場面と解されている。他方で、暴利行為や約款規制も比例原則の適用場面と解する見解がある一方（第3節2(1)a）、契約内容の形成への同原則の適用を否定する見解もある（第3節2(1)b）。

第3の立場では、比例原則を利益や法益対立の手段と捉えることから、契約法におけるその適用範囲は広く解されている。すなわち、契約の有効性や履行、終了の多様な場面で比例原則が適用されるとする（第3節3(1)b・c）。

#### 4 第3章から第5章における検討課題

本節1でみた通り、民法における比例原則の基礎づけには多様な立場がみられる。そして、それに応じて均衡性の原則の意義も異なりうる（本節2(1)）。つまり、均衡性の原則について比べることを内容とする衡量手段とみる立場、同原則を「軽微な過失や義務違反に対して過大な法的効果であってはならない」あるいは「目的と手段の間が不相当であってはならない」と意味として理解する立場である。さらに、必要性の原則についても契約法におけるその適用の可否が争われている（本節2(2)）。これに加えて、契約法における比例原則の適用場面についても契約の有効性判断の場面を含むか否かなど見解が一致していないことを指摘できる（本節3）。

第1章第2節2で指摘したように、ドイツでは、このような比例原則の一般理論を踏まえて、契約法の個別場面で比例原則の具体化がなされている。契約法において比例原則の議論が活発になされている場面として、約款条項の不当性判断、給付拒絶、契約の解除の制限をあげることができる。これらの場面では比例原則に関する議論がみられる一方で、個別場面に限定した議論であるため、同原則の意義や機能に関して不明確な部分もある。そこで、本章第3節で明らかにした比例原則の一般理論から個別場面における比例原則を検討し、一般理論と個別場面がいかなる関係に立つのかを明らかにすることで、契約の有効性・履行・終了過程における比例原則の機能を明らかにしていきたい。

### 第3章 約款条項の不当性判断

#### 第1節 緒論

第2章第3節及び第4節でみたように、契約の有効性の判断において比例原則が適用されるか否かについては学説により見解の相違がみられる。それでは、契約の有効性の判断の一場面である約款条項の不当性判断において比例原則が適用されるのだろうか。この点、本章第2節以下で詳しくみるように、約款条項の不当性判断に関しては判例及び学説によって比例原則を用いる多くの見解がみられる。以下では、この内容を詳しくみていきたい。

検討の順序は、次の通りである。第2節では、どのような場面において比例原則が問題とされているのかを示すために判例の状況を取り上げる。その後、第3節では、学説の議論状況を整理する。その上で、第4節では、第2章第3節・4節でみた比例原則の一般理論を踏まえて、約款条項の不当性判断において比例原則がどのように用いられ、いかなる機能を有しているのかを検討する。

以下では、具体的な検討に入る前に、ドイツの約款規制の概要をごく簡単にみておきたい。ドイツでは、1977年に約款規制法(AGBG)が制定された。それ以前においては、連邦通常裁判所(BGH)によって、約款使用者が相手方への信義則上の義務に違反したために、約款条項を無効とする考え方が形成されていた<sup>280</sup>。このように内容規制の起源が信義則にあることは、約款規制の一般条項であるAGBG9条からも明らかとなる<sup>281</sup>。同条1項によれば、「普通取引約款の条項は、信義誠実の原則に反して約款使用者の契約相手方に不相当に不利益を与えるときには無効」であると定められるからである。同条2項は、約款中の条項が、次の場合に、「不相当に不利益を与えるとの疑いは認められる」と定める。すなわち、法律の規定とは異なる条項が、その法規定の本質的な基本思想と一致していないとき(1号)、契約目的の達成が危殆化されるほどに契約の本質から生じる権利及び義務を制限するとき(2号)である。

---

<sup>280</sup> AGBG 制定前の判例法理については、原田昌和「ドイツ旧約款規制法制定以前における連邦裁判所の約款規制法理について内容規制の法理論的基礎の検討に向けて(1)―(2・完)」立教法学 73 卷 105 頁・75 号 215 頁(2007~2008 年)に詳しい。

<sup>281</sup> 同条の訳出に際しては、石田喜久夫編『注釈ドイツ約款規制法』97 頁〔鹿野菜穂子〕(同文館、改訂普及版、1999 年)を参照した。

上述の AGBG 9 条は、2002 年のドイツ債務法改正を経て、BGB 307 条に取り込まれた。BGB 307 条 1 項<sup>282</sup>は、AGBG 9 条 1 項と同様の文言である。同規定は、BGB308 条（評価可能性を伴った条項の禁止）・309 条（評価可能性のない条項の禁止）に包摂されず、さらに BGB307 条 2 項に基づき無効とされない場合の受け皿規定である。このように約款規制法が民法典に組み入れられたという体系上の変更はあるが、その規定の内容は原則的に変えるつもりはなかったと評価されている<sup>283</sup>。

以上の前提を踏まえて、続いて判例の状況をみていく。

## 第 2 節 判例——約款使用者の相手方に制裁を課す約款条項の不当性判断

### 1 判例の紹介<sup>284</sup>

以下では、第 3 節において後述する学説により、約款規制において不均衡性の基準や代替手段の有無について考慮されたドイツの判例をみる。その際には、複数の学説があげている判例を対象を絞って検討を進めていく。

#### 【判例 1】BGH 1989. 10.4 (NJW 1990,767)

##### a 事実の概要

原告 X は、1975 年と 1981 年に、被告 Y 会社と全体で 150DM の疾病入院給付金が支払われる内容の保険契約を締結した。同契約に際して、1976 年の民間の健康保険業者の団体の模範約款である MB/KK76 が適用された。その 9 条 5 項は、「他の疾病入院日額給付保険は、保険者の同意によってのみ締結しうる」と定めていた。そして、同 10 条 2 項は、「9 条 5 項にあげられているオプリーゲンハイトに違反があったときは、その保険者は保険契約法 6 条 1 項の基準に基づき、そのことを知ってから 1 カ月以内に解約権を行使した場合には、給付義務から免責される」と定めていた（これらの条項を本件条項とする）。

---

<sup>282</sup> AGBG 9 条 1 項は BGB 307 条 1 項に、AGBG 9 条 2 項は BGB307 条 2 項にそれぞれ対応しているが、BGB 307 条 1 項 2 文において、「不当な不利益は、条項が明確でなく、または平易でないことから生じる。」との文言が追加された点が、AGBG 9 条 1 項とは異なる。BGB307 条の条文訳は、前掲注(236)を参照。

<sup>283</sup> 半田吉信『ドイツ債務法現代化法概説』（信山社、2003 年）378 頁。

<sup>284</sup> 以下の判例では、事実及び判旨を適宜省略している。

1986年1月に、Xは、C保険グループとの間には100DMで、N健康保険との間には150DMで疾病入院日額給付の保険契約の締結を申請したが、それらの保険契約の締結についてYに知らせなかった。Yは、同年2月に本件条項により、Xとの保険契約を解約した。第一審は保険関係の存続の確認を求めたXの訴えを認め、控訴審はYの控訴を棄却した。これに対して、Yが上告を申し立てた。

## b 判旨

破棄差戻し。BGHは、本件条項がAGBG9条に違反しないと判断した。まず、BGHは、本件条項による解約権がもたら保険契約の基礎に置かれているような信頼関係の喪失に起因し、有責なオプリーゲンハイトの違反に制裁を課すものとみる。しかし、被保険者の契約信義に関して保険者の信頼が損なわれた場合には、保険者は、場合によっては将来起こりうる正当化できない被保険者による欺瞞的な請求に対して、解約により保護されねばならない。その点では、もっぱら被保険者の不当な扱いは存在しないという。

そして、BGHは、「制裁の厳しさがオプリーゲンハイトの重大さと釣り合いの関係にある場合には、不当な扱いとみなされうるであろう」との一般論を示し、保険契約の利害関係人双方の利益を考慮する。その考慮によれば、一方では、解約によって被保険者が保険保護を享受できないという重大な影響が生じうることは、オプリーゲンハイトに対する制裁の均衡性(Verhältnismäßigkeit)に不利に作用するかもしれないとする。しかし、他方では、保険者にとっては通知のオプリーゲンハイトの契約上の合意に正当な利益が存在しており、保険者が社会的なリスクの高まりに対して保護されんとする。さらに、複数の保険の禁止及び同意なく得られた複数の保険保護に対する解約による制裁は、分別のある被保険者にとってはそのような条件を考慮に入れる必要がないほどに異常なものとはいえないと判示する。

その上で、BGHは、控訴審が、Xが重大な精神病を理由にCとの保険の締結時点までに責任無能力であったか否かを確認しなかった点を理由に事案を控訴審に差し戻した。

## 【判例2】BGH 2005.2.1 (NJW 2005,1774)

### a 事実の概要

原告Xは、消費者の利益を保護するためにUKlaG（差止訴訟法4条1項・2項）に基づき登録された団体である。被告Yは、国際的なバス旅行交通を営む事業者である。

顧客が旅行を予約した場合には、当該顧客に乗車券つづり(Fahrscheinheft)が発行された。その乗車券には番号が付され、旅行の方法、日程、乗客の氏名が記載されていた。Yは、顧客による行程及び旅行日の事後的な変更を認めている。旅行の出発の際には、バスの運転手は乗車券をチェックし、手渡された乗客のネームリストと照合していたが、乗客の本人確認は行っていなかった。顧客が旅行の出発前に乗車券を紛失した場合には、運送約款によれば、紛失または盗難された乗車券について乗車券の再発行は認められず、当該乗車券の払戻しも行われないとされていた（以下、本件条項とする）。さらに、乗車券を紛失した乗客に旅行を始めることも認められなかった。

Xは本件条項がBGB307条に反するとし、Yに条項の使用停止を求めた。第一審及び控訴審ともにXの訴えは棄却された。そこで、Xにより上告がなされた。

#### b 判旨

上告認容。BGHは、本件条項がYの顧客を不当に不利に扱うということが双方の利益衡量に基づき明らかであるとする。なぜなら、紛失した乗車券の再発行及び払戻しの例外のない排除は、Yの正当な利益を保持するために必要以上に行き過ぎたものだからである。

その判断に際して、BGHは、乗車券の紛失の場合にすでに支払った反対給付を失わないようにするXの利益と、反対給付を二重に提供する必要はないというYの利益を衡量する。その結果、本件条項は、Yが二重給付の危険を簡単に回避できる場合も含んでいるとする。それは、元の乗車券の予約が変更されなかった場合である。そのときには、申請者が旅行日、走行距離、乗客の名前を申し出た場合には、Yはネームリストに基づき、運送給付請求権が申請者に帰属しているか否かをチェックすることができるという。その際に、Yが運転手用のネームリスト上に特定の乗客のために乗車券を再発行した旨を簡単にメモすれば、それによって運転手は元の乗車券が無価値なものであると認識できる。乗車券の再発効後に、元の乗車券の予約の変更がなされる場合にもYが乗車券の再発行時にネームリスト上に乗車券が再発行された旨をメモしておけば、それによって元の乗車券が無価値であることが判明するという。反対に二重給付の危険が存在するのは、紛失を偽装した不誠実な乗車券の取得者または不誠実な第三者が、他の乗客として元の乗車券の旅行日や走行区間等の予約を変更し、変更された旅行がすでに行われ、その後、代替乗車券が発行・現金化(einlösen)された場合であるという。

このように判示した上で、BGH は、後述の第 3 節 1b の学説を引用し、「正当な約款使用者の利益に基づき約款使用者の相手方に課せられる義務と制裁は、過剰介入の禁止 (Übermaßverbot) に服し、具体的かつ相当な限定を必要とする」と判示する。そして、本件条項は乗車券の再発行及び払戻しの排除を二重給付の危険が存在する事例に限定していないため、Y は顧客の利害を十分に考慮していないどころか、自己の利益を過度に保護しているとして、条項は全部無効であると判示された。

【判例 3】 BGH 2010.4. 29 (NJW 2010,1958)

a 事実の概要<sup>285</sup>

原告 X は、ドイツにおける消費者センターの総同盟である。被告 Y は、イギリスに所在を有する航空会社である。ドイツ語でも検索できる Y のインターネットのウェブサイトでは、Y は「航空券に記載された旅程の順序に従って全ての搭乗用片が利用されない場合には、Y によって当該航空券の使用が認められず、その航空券は無効である」と定める約款 3c 号 1 のもとで飛行を提供していた。また約款条項 3a 号 5 では、「顧客が有効な航空券を提示できない場合には航空運送請求権が存在しない」とされていた。

これらの条項（以下、「本件条項」とする）を Y が使用したのには次の理由がある<sup>286</sup>。Y は、O2 空港までの乗継便を提供しており、この空港を基点に長距離飛行を行っている。Y は、この長距離飛行の搭乗人数を確保するために、例えば O1 空港から O2 空港までの乗継便を自国からの直行便よりも安い値段で提供している。Y は、本件条項によって、直行便に関心のある乗客が乗継便を予約することによって安い料金を選択し、しかし、長距離飛行は利用しないという事態を回避しようと考えている。さらに、Y は、一定の滞在期間となる観光目的の旅行者に対して、往復運送を、ただちに帰還するビジネスマン (Geschäftsleute) よりも安い料金で提供している。Y は、顧客が最低滞在期間を伴う二つの航空券を安く取得し、その片道だけを各々使用する事態を回避しようと考えている。

X は、消費者との航空運送契約において条項 3c 号 1 を取り入れないようにすること、1977 年 4 月 1 日以降に締結された契約に際して本件条項を使用しないように請求した。

---

<sup>285</sup> 【判例 3】 は、丸山絵美子『中途解除と契約の内容規制』466 頁以下（有斐閣、2015 年）〔該当箇所の初出 2010 年〕において詳しく紹介されている。

<sup>286</sup> 【判例 3】 の事実の理解を容易にするために、下級審で示された事実の概要 (OLG Frankfurt, Urt. v. 18. 12. 2008-16U76 /08) も含めて紹介する。その際に、丸山・前掲注 (285)452～453 頁を大いに参照した。



また予備的に、消費者の居所及び飛行機の出発地がドイツである場合に当該条項を求めないように差止めを求めた。第一審は X の訴えを認容したが、控訴審は予備的請求の範囲で X の請求を認めた。上告手続きにおいて、X は、2009 年 12 月 17 日以降に締結された契約に訴えを制限した。

## b 判旨

破棄差戻し。BGH は、まず Y によって提供される航空運送給付が法律上も経済上も分割可能であるとする。その上で、旅客の一部給付請求権は、原則として信義則に基づき排除できないという。ただし、旅客が、希望している出発空港から最終目的地までの直行便が提供されているにもかかわらず、契約締結時にすでに Y の全給付を利用する意図を有さず、むしろ、例えば、乗継ぎを理由とする不便さや時間のロスを引き受ける顧客のために Y が提供している価格上の利益を獲得するためだけに Y の給付を予約している場合には請求権が排除されうるといふ。しかし、本件条項はそのような事例に限定されておらず、旅客が計画の変更を理由に、主たるフライト（O2 空港を起点とする長距離飛行）のための出発空港もしくはその近辺にいる場合または顧客が乗継便(Zubringerflug)に遅れ、ほかの方法で主たるフライトに乗ることができる場合も含んでいると指摘する。

BGH によれば、Y は、本件条項を使用することにより、乗継便と結びついた一定の長距離飛行及び一定の往復便を、個々の飛行よりも一層安く提供する利益を有するという。さらに、一定の最低滞在期間を予定する往復フライトの提供によって、Y は、典型的には、目的地に比較的より長い滞在を計画し、その予定計画が柔軟で、より好都合な価格と引換えに不便な飛行時間帯を甘受する傾向があるという旅行客の価格イメージを正当に評価できるとする。

しかし、Y の利益は、計画の後発的変更やその他の事情の変更の場合に、Y に対する全ての給付請求権を喪失するという顧客の利益と対立するという。顧客は、予約された運送給付の枠内で予約されたチケットを利用する自由を有する。旅客が支払った航空代金は、少なくともなお利益を有する等価物を具体化すべきものであり、新たに場合によってはより高い値段でこの部分を予約することは強いられないという。さらに、Y の利益は、他のより穏やかな条項によって同じように維持しうるのに対して、本件条項により、一部給付の不使用に際して、旅客運送契約の等価関係が完全に顧客の負担に移動すると指摘する。約款使用者の正当な利益に基づき契約相手方に課せられる普通取引約款における義務

と制裁は過剰介入の禁止の下にあり、少なくとも条項が給付に関連する等価関係について顧客に責任を加重に移転させている場合には、当該条項は具体的かつ相当な限定を必要とする（【判例 2】、後述 3 節 1b・f の見解を引用）。そして、Y の価格構造を迂回する行為を回避するためには、一部搭乗券の不使用の際に、残りの給付により高額の支払いを顧客に課す条項を定めれば足りるという。例えば、一部給付の利用がなかった場合、残部給付の予約時点で当該給付に要求されている価格が実際合意された価格よりも高い場合には、当該価格の支払いを定めることで十分であるとする。Y は、本件条項に基づき、旅行の各飛行場において条件が遵守されているかを審査して、給付を完全に利用していない顧客を拒絶し、顧客が場合によっては生じる追加料金を支払うかどうかによって対応できるとする。BGH は、このような理由から本件条項が信義則に反して顧客を不当に不利に扱うことになるとする。

## 2 判例のまとめ

以上の判例では、相手方に課せられた責務の不遵守に対して制裁を課す条項の不当性が問われている。具体的には、保険者の同意を得ずに複数の保険契約を締結した被保険者に対する保険契約の解約を定めた条項（【判例 1】）、バス旅行乗車券の紛失に対して乗車券の再発行または払戻しに応じないとする条項（【判例 2】）、航空券の一部不使用により残部の航空券を失効させる条項（【判例 3】）が問題となっている。

約款条項の不当性を判断する際に、判例は、まず約款使用者が約款を使用することによりいかなる利益が得られるのかを検討する。【判例 1】は、被保険者が事前の通知義務を果たすことによる保険者の正当な利益を、【判例 2】は、二重給付の危険を回避するバス会社の利益を認める。【判例 3】では、航空会社が直行便よりも安い価格で提供している乗継便を利用しつつも、その航空券に記載された一部経路を利用せず、価格の利益のみを得ようとする乗客の行動を防止することに航空会社の利益があるとされた。

これらの利益を得るための約款条項の有効性は、相手方に与える不利益の程度（制裁の重大さ）との関係で決定される。具体的には【判例 1】は、「制裁の厳しさがオプリーゲンハイトの重大さと不釣り合いな関係にあるであろう場合には、不当な扱いとみなされうる」と一般論を示した上で、責務違反に対する解約が普通の被保険者にとっては考慮する必要がないほどの制裁であるため、当該条項を AGBG9 条 1 項に反しないと結論づけた。他方で、【判例 2・3】では、「約款使用者の正当な利益に基づき契約相手方に課せられる

義務と制裁は過剰介入の禁止の下に服し、当該条項は具体的かつ相当な限定を必要とする」ところ、約款条項がそうした限定を超えるものであったと評価された。

その際に【判例 2・3】に特徴的なのは、相手方に不利益が少ない他の手段で約款使用者が約款を定めた目的が達成されるかどうかを考慮されているということである。【判例 2】では、運転手に配布されるネームリストにメモすることによって、乗車券を紛失した乗客による乗車券の再発行の有無等を確認し、これによって元の乗車券の効力がなくなることと認識できるため、バス会社が二重給付の危険を簡単に回避できるとする。【判例 3】も一部のチケットを意図的に利用しなかった顧客により高額の支払いを課す条項だけで、航空会社が約款を定めた目的を達成するには十分であるとする。

以上のように、判例では、約款規制に際して、約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡性や、相手方に不利益の少ない代替手段の有無が考慮されている。それでは、学説ではこれらの基準についてどのような議論がなされているのだろうか。

### 第 3 節 学説——比例原則からみる約款条項の不当性判断

学説では、AGBG 9 条やそれを引き継いだ BGB 307 条に関して「比例原則」の適用を主張し、この観点から不均衡性や代替手段の有無に関する考慮の問題が検討されている。そこで、各見解の内容を理解するためにもう一度簡単に比例原則の概要を示す。

第 2 章第 1 節によると、比例原則とは、①適合性の原則、②必要性の原則、③均衡性の原則（相当性の原則、狭義の意味の比例）から成る原則と理解されている。各原則の内容は、次の通りである<sup>287</sup>。

①の適合性の原則とは、「ある手段によって、望まれた目的が達成されうる場合には、その手段が適合的であること」をいう。次に、②の必要性の原則とは、「複数の手段の下では相手方を最も侵害しない（最も緩やかな）手段あるいは相手方により侵害的でない手段を行使することを求める原則とみうる。最後に、③の均衡性の原則とは、異なった利益の対立を衡量によって調整する形式的な原則であり、衡平・利益衡量と異ならないとされる。ただし、第 2 章第 3 節によれば、各場面において衡量要素と結びつくことによって「軽微な過失・義務違反に対して過大な法的効果や制裁であってはならない」「手段が追

---

<sup>287</sup> Karl Larenz, *Richtiges Recht*, C.H.Beck, 1979, S.130 ff.を参照。

求された目的との関係において不相当であってはならないこと」とみる見解もある。また比例原則の同義語として「過剰介入の禁止」という用語も用いられる<sup>288</sup>。

## 1 学説の紹介

次に各学説をみていく。a～d まだが AGBG9 条、e～h まだが BGB307 条を対象とする学説である。

### a Graba の見解

Graba は、AGBG9 条のコンメンタールにおいて「比例原則」という項目を設ける。ここでは、約款により排除された任意規定に含まれる正義の内容が強ければ強いほど、そして相手方にとって権利の喪失の程度が大きければ大きいほど、それだけいっそう約款使用者の任意規定から相違する利益が重大でなければならないという。そうでなければ、その約款は、不利な扱い(Benachteiligung)を理由に異議が唱えられるとする<sup>289</sup>。

さらに、AGBG9 条における比例原則の適用は、同条の文言から明らかとなるという。つまり、同条 1 項の一般条項を具体化する 2 項であげられる事例は、基本的には違反が推定され、約款が 2 項で規定する状況により近い関係にあればあるほど、ますます約款に対して異議が唱えられるとする。その見解によれば、約款規制法制定前の判例も比例原則を認めていると指摘される<sup>290</sup>。

### b Brandner の見解

Brandner は、AGBG9 条による「不相当な扱いの禁止」の判断基準を論じる中で、「過剰介入禁止」に言及する。まず同条 1 項の「信義則への違反」という要件には 2 つの機能があるとされる。第 1 に、不相当に不利な扱いの禁止が BGB 242 条（信義則）の基準と結びつくこと、第 2 に、そのような禁止は約款使用者が信義則に反するほど一方的に自己の利益を追求する場合に生じるということである。こうした信義則違反は客観的な基準によって判断され、契約相手方の不当な扱いが軽微とはいえず重要(Gewicht)である場合に肯定されるという。その判断においては、相手方が批判的な条項によって負担を課され

<sup>288</sup> Lerche, a.a.O. (Fn.46), S.19.

<sup>289</sup> Schollosser/Coester-Waltjen/Hans U Graba, in: Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der AGBG, §9, 1977, Rn.47.

<sup>290</sup> NJW 64,1123.; NJW 75,163.; NJW 75,165.

れば課されるほど、それだけいっそう相手方の不利な扱いが認められることになる。そのため、相手方に負担をかける条項は約款使用者の利益と相当な関係でなければならず、法律上または契約上の典型的な規定からただできるだけわずかな限りでのみ相違することが許されるという<sup>291</sup>。

そして、【判例 2】で引用されているように、「正当な約款使用者の利益に基づいて契約相手方に課される義務及び制裁は過剰介入の禁止の影響下にあり、具体的かつ相当な限定を必要とする」と指摘する<sup>292</sup>。その具体例として、建築契約における違約金条項が指摘されるものの、その内容は詳細に述べられておらず明確ではない。

#### c Fastrich の見解

Fastrich は、上記 a・b の見解を参照し、約款が不相当か否かを判断する際には、双方当事者の利益を衡量するために比例原則が援用されうるとする。その結果、任意法の模範と比べて不利な扱いは、次の場合に不相当ではないという。すなわち、不利な扱いに関して、「受益者(Begünstigte)<sup>293</sup> の利益状況にとって客観的な必要性（実質的な理由、正当な利益）が存在しており、受益者の利益に必要以上に不利な扱いが行き過ぎたものではなく（最も些細な介入の原則）、そして不利な扱いが正当と認められる目的と並外れた関係にない（狭義の意味の比例性）」場合である<sup>294</sup>。

#### d Wolf の見解

Wolf は、AGBG9 条 1 項の要件である「不相当な不利益」の判断基準を次のように述べる。約款条項が不相当となるのは、「約款使用者が契約相手方の利益を十分に顧慮せずに、その相手方に相当な調整を認めることなく、契約相手方の負担で自己の利益を濫用して貫徹しようとする場合」である。また「約款使用者の利益が存在するところでも、その利益によって契約相手方の利益の排除が正当化されない場合には、相手方の利益は考慮さ

---

<sup>291</sup> Hans Erich Brandner, in: Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 7.neubearb. Aufl. 1993, §9, Rn.73.

<sup>292</sup> Brandner, a.a.O. (Fn.291), AGBG §9, Rn.74.

<sup>293</sup> ここにいう受益者とは、約款使用者を指していると思われる。

<sup>294</sup> Lorenz Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, Bd.60, C.H.Beck,1992, S.317.

れなければならない」とする。そして、相手方の利益について「必要性及び均衡性が顧慮されなければならない」と指摘する<sup>295</sup>。

さらに、約款条項の無効判断にとって必要な不相当な程度は、信義則から明らかになるとする。その際に BGH の判例をあげる。Wolf によると、BGH は、「約款使用者が自己の利益のみに目を向け、かつ契約相手方の利益を全く十分に配慮していない場合に不相当を認めている」という。それでは、いかなる場合に契約相手方への十分な配慮が欠けているのか。それは、「契約相手方の価値の高い利益が考慮されず、比例原則が顧慮されていない場合」である。特に極めて重大な制裁が軽過失と結びつけられる場合には十分な顧慮が欠けている」とされ、具体例として【判例 1】があげられる<sup>296</sup>。さらに、「信義則からは、軽微で重要でない不利益は考慮されず、それを越える不利益な扱いがはじめて AGBG9 条により不相当とみなされることが明らかである」と説明される<sup>297</sup>。

#### e Pfeiffer の見解

Pfeiffer は、BGB307 条 1 項の無効にとって必要とされる不相当性の程度は信義則から明らかになるとする。具体的には、同条の無効判断においては、「契約上の権利及び義務の平等性や契約上のリスク分配が重大に妨害されていない」とみる<sup>298</sup>。

BGB307 条の形成に影響を与えたとされる消費動産売買指令 3 条 1 項では、「契約上の権利及び義務の重大かつ正当化されない不均衡が存在しているか否かに照準を合わせる。これらの基準は BGB307 条と一致するものである」とする<sup>299</sup>。その上で、BGH の判例によれば、次の場合に不相当性が認められていると指摘する。すなわち、約款使用者が自己の利益のみを念頭に置き、そして他方の契約当事者の利益を十分に顧慮していないときである。そして、d の見解と同様に、「契約相手方のより高い価値を持つ利益が十分に考慮されず、比例原則が顧慮されていない場合、特にあまりにも重大な制裁が軽過失と結びつけられる場合には十分な顧慮が欠けている（【判例 1】）」と指摘する<sup>300</sup>。また信義則からは、些細で取るに足らない不利益は顧慮されず、それを越える不当な扱い

---

<sup>295</sup> Manfred Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4., völligneubearb. Aufl. 1999, §9 Rn.100.

<sup>296</sup> Wolf, a.a.O. (Fn.295), AGBG, Rn.114.

<sup>297</sup> Wolf, a.a.O. (Fn.295), AGBG, Rn.114.

<sup>298</sup> Thomas Pfeiffer, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, BGB, 6. Aufl. 2013, §307, Rn.177.

<sup>299</sup> Pfeiffer, a.a.O. (Fn.298), §307 Rn.177.

<sup>300</sup> Pfeiffer, a.a.O. (Fn.298), §307 Rn.177.

(Benachteiligung)が BGB307 条に基づき不相当なものとみなされうることも明らかであるとする。このことは、事業者にも妥当するとされる<sup>301</sup>。

#### f Coester の見解

Coester は、2006 年の BGB 307 条のコンメンタールでは b・c の見解を、2013 年の同コンメンタールでは後述 g の見解を引用して、「評価の基準として認められた比例原則は、約款使用者の信義の拘束(Treuebindung)と特に密接な関連を有している」と指摘する。連邦憲法裁判所も、民事法の一般条項を介して、妨害された契約の平等性を修正するために憲法上の過剰介入の禁止を適用したとする<sup>302</sup>。そして、比例原則からは、相手方の権利へのできる限りほんのわずかな介入または相手方を寛大に扱う(schonen)介入が生じるとし、その例として【判例 3】を指摘する。ただし、g の見解を引用し、約款使用者に一定の約款形成の余地が認められなければならないという。そして、この余地の限界も信義誠実の原則から示されるとし、【判例 2・3】を引用する<sup>303</sup>。

さらに、狭義の意味の比例性も、相手方の相対的に些細な契約違反が不相当に重大な制裁をもたらす場合に役割を担うという。その際、d の見解や【判例 1】を指摘し、例えば、私的な疾病保険における些細なオプリーゲンハイトに対する給付の免責について狭義の意味の比例性が適用されるとする<sup>304</sup>。

#### g Fuchs の見解

Fuchs も、約款規制の判断における信義則の機能について述べる。その際に、b・c・e・f の見解や【判例 1～3】を引用し、比例原則や過剰介入の禁止が判断基準として用いられることを示す。

まず BGB 307 条 1 項 1 文にあげられている信義則からは、第 1 に、内容規制と信義則の客観的な基準との結びつきが明確となり、普通取引約款を作成することが一方的に相手方に配慮することなく自己の利益の追求に資する場合には信義則に反するという。第 2 に、f の見解と同様に、約款使用者の信義への拘束は、評価の補充を必要とする不相当性

---

<sup>301</sup> Pfeiffer, a.a.O. (Fn.298), §307 Rn.177.

<sup>302</sup> Dagmar Coester-Waltjen, in: Staudinger Kommentar zum BGB §307, Neubearb., 2006 年及び 2013 年ともに Rn.98.

<sup>303</sup> Staudinger/Coester, a.a.O. (Fn.302), 2013, §307 Rn.98.

<sup>304</sup> Staudinger/Coester, a.a.O. (Fn.302), 2013, §307 Rn.98, Rn.162 も参照。

の概念の内容を方向付けるとする。具体的には、普通取引約款においても評価基準として認められている比例原則との密接な関連が存在するという<sup>305</sup>。

ここにいう比例原則とは、必要性の原則及び狭義の意味における比例性を意味している<sup>306</sup>。これらの原則からは、相手方に負担となっている約款条項が約款使用者の利益と相当な関係になければならないという。このことは、約款条項が正当と認められる約款使用者の価値の追求のために必要以上に顧客の利益を侵害してはならないことを意味する。そして、そのことから約款が法律上または契約類型による規定からできる限り些細な限りでのみ相違してもよいこと、できる限り顧客に好意的なように形成されるべきであるということが導かれるという。ただし、私法における信義則の発露としての比例原則からは、常に約款使用者と顧客との利益対立に関する唯一の解決が導かれるというように解釈されてはならず、約款使用者の約款形成の自由も相当な範囲で与えられなければならないと指摘する。したがって、約款規制は、権利義務の著しく一方的で不公平な権利義務の配分の場合にのみ行われるのであり、顧客をほんの少しだけより良い状態に置くであろう代替的な形態(*Gestaltung*)が考えられうる場合に行われるわけではないとする<sup>307</sup>。

さらに、Fuchs は、約款使用者の利益を保持するために、必要性の意味において顧客の利益に負担を課している約款の行き過ぎを緩和するという基本的な要請は、過剰介入の禁止によって補充されるという。すなわち、約款使用者の正当な利益を保護するために契約相手方に課せられる義務及び制裁は、追求された目的に対して不相当な関係にあってはならず、とくに軽過失はあまりにも重大な制裁によって罰せられてはならないと指摘する<sup>308</sup>。

#### h Stürner の見解

Stürner は、条項が不快(*anstößig*)か否かを判断する際には、BGB307 条 2 項 1 号においてみられるように、約款がなければ相手方がどのような状態にあったのかが確定されなければならないとする。この任意法からの乖離は、相手方を不利な地位に置くことでは足りず、一定の重大性が要求される。この客観的な乖離の審査には契約内容の全て及び契約

---

<sup>305</sup> Andreas Fuchs, in: AGB-Recht, Kommentar zu den §§305-310 BGB und zum UklaG, Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), 12. Neubearb. Aufl. 2016, §307 BGB, Rn.97.

<sup>306</sup> Fuchs, a.a.O. (Fn.305), §307 Rn.105.

<sup>307</sup> Fuchs, a.a.O. (Fn.305), §307 Rn.105.

<sup>308</sup> Fuchs, a.a.O. (Fn.305), §307 Rn.106.



当事者相互の利益を考慮する相当性審査が行われるという。そこでは確定された利益の重要性の程度が判定されるなどの衡量が行われ、その際には信義則が特別な役割を担うとする<sup>309</sup>。

さらに、信義則には AGBG の起源を明確にし、約款使用者による度を越した一方的な自己の利益の追求が信義に反することを表すという。そのことから、約款規制の目的は、相当な利益調整を確保することではなく、不相当な規律を阻止しようとするものであることが重視されるとする<sup>310</sup>。

こうした信義則の評価補充的な役割の核心は、比例原則に認められるという。この比例原則に関して、Stürner は、f・g の見解を脚注であげるとともに、c の見解を紹介し、

「必要性の原則」を適用する見解が学説では支配的であるとみる。その上で、「厳格な判断基準」としての必要性の原則は、ただ唯一の可能な解決を認め、最も侵害的でない手段または最も緩やかな手段を要求するという。しかし、BGH はそうした手段を採用していないという<sup>311</sup>。つまり、相手方に負担となる条項が調整的な措置によってできる限り緩和されなければならないということは判例に一致するものの、判例では必要性の審査にとっては典型的でない利益衡量が行われているとみる<sup>312</sup>。Stürner は、ある条項を用いることにより約款使用者によって追求された目的を同様に達成し得る穏当な手段が存在する場合には利益衡量で足りると述べ、そこでは「狭義の意味における比例性」が問題になると主張する。

これに加えて、Stürner は、契約法全体を対象として、必要性の原則の適用が私的自治の原則にとって重大な結果をもたらすと批判する。なぜなら、この原則は必要最小限度の手段を要請するため、自由な判断に基づく私的自治の原則とは相いれないからである<sup>313</sup>。

## 2 学説のまとめ

以上の通り、約款規制の一般規定である AGBG9 条や BGB307 条に関する学説をみた。これらの規定では、普通取引約款が信義則に反して相手方に不相当に不利益を与えるときには無効とされ、その規定の解釈に際しては信義則が機能するとされる。つまり、信義則

---

<sup>309</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.121 ff.

<sup>310</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.122 ff.

<sup>311</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.123.

<sup>312</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.124.その際【判例 2】を脚注で指摘する。

<sup>313</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.319 ff.

に反して約款使用者がその相手方の利益に配慮することなく自己の利益を追求しようとする場合（d・e・g・hの見解）、具体的には、相手方を重大に不利に扱う場合（bの見解）、契約上の権利義務の均衡が害されている場合（e・gの見解）には約款条項が規制されることになる。この約款条項の不当性の判断方法について、学説では比例原則の観点から論じられている。その内容は、以下の(1)と(2)に要約される。

#### (1) 均衡性の原則

学説では、約款条項の不当性判断に際して、比例原則や過剰介入の禁止、相当性の審査に言及する見解がみられる。これらの見解のうち、約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡に着目するものがある。具体的には、aの見解は、比例原則という項目において、任意規定からの相違により相手方に生じる不利益を正当化するほどよりいっそう約款使用者の利益が重大でなければならないとする。bの見解は、相手方が批判的な条項によって負担を課されれば課されるほど、それだけいっそう相手方の不利な扱いが認められるという。hの見解も、約款使用者の利益と相手方の不利益を衡量する相当性審査を行う。c・f・gの見解も、「均衡性の原則」と同義語とされる「狭義の意味における比例性」「相当性」を約款条項の不当性判断に際して考慮する。

ここにいう約款使用者の利益と相手方の不利益とは、より具体的には、相手方の過失に対する制裁の重大さとの関係によって判断されているとみうる。例えば、dの見解では「均衡性」が顧慮されるとし、eの見解では、契約上の権利義務や契約上のリスク分配の「不均衡」を考慮する。その上で、これらの見解によれば、「重大な制裁が軽過失と結びつけられる場合」には比例原則が顧慮されていないとの理解がなされる（d・eの見解）。さらに、「過剰介入の禁止」の観点から「約款使用者の正当な利益を保護するために契約相手方に課せられる義務及び制裁は、追求された目的に対して不相当な関係にあってはならず」、軽過失に対して重大な制裁が課せられてはならないと主張されている（gの見解）。

#### (2) 必要性の原則

さらに、学説では、約款規制に際して相手方に不利益が少ない代替手段の有無を考慮すべきか否かという問題について必要性の原則の観点から論じられている。

この原則を肯定するのは **c・d・f・g** の見解とみられる。過剰介入の禁止を必要性と均衡性の原則を合わせた概念とみるならば、**b** の見解も必要性の原則を肯定するものとみうる。これに対して、**a・e** の見解は必要性の原則に言及しておらず、**h** の見解は明確にその適用を批判する。

肯定説によれば、必要性の原則からは、約款使用者が必要以上に顧客の利益を侵害してはならないことになる (**c・f・g** の見解)。その中でも、「必要以上に不利な扱いが行き過ぎたものであってはならないこと」を「最も些細な介入の原則」と理解する見解 (**c** の見解) がある。その見解によれば、約款使用者は相手方の利益を最も侵害しない手段を使用しなければならないと考えられる。これに対して、必要性の原則の適用に際しても約款使用者に約款形成の自由が認められるとする見解がある (**f・g** の見解)。この見解によれば、私法における信義則の発露としての比例原則からは約款使用者と顧客との利益対立を解消する唯一の解決が導かれるわけではないと主張される (**g** の見解)。

否定説では、必要性の原則は相手方に最も侵害的でない手段の使用のみを認めることから、私的自治の原則と矛盾するとみる (**h** の見解)。ただし、この見解は、相手方に不利益の少ない代替手段の存在が判例で考慮されていることを否定しておらず、そうした代替手段の考慮は「均衡性の原則」で足りるとする。

以上の整理からは、約款条項の不当性判断に際して、均衡性及び必要性の原則が議論されていることが確認される。これらはいかなる意義ないし機能を有するのだろうか。第2章第3節1以降の見解及び第4節でみた比例原則の一般理論をめぐる見解からみて、約款条項における比例原則の内容を検討してみたい。

#### 第4節 約款条項の不当性判断における不均衡性・代替手段の考慮

本章では、ドイツの約款規制の一般条項である AGBG9 条及び BGB307 条に関する不当性の判断方法をみた。これらの規定では、普通取引約款が信義則に反して相手方に不相当に不利益を与えるときには無効とされる。具体的には、約款使用者が信義則に反して相手方の利益に配慮することなく自己の利益を追求するような約款条項を定めることは認められない。約款条項の不当性の判断方法を検討した結果、次の2点が明らかとなった。第1に、約款条項が信義則に違反するか否かを判断する際には、約款使用者が約款から得られる利益とそれによって生じる相手方の不利益との不均衡性の判断基準が用いられていると

いうことである。第 2 に、約款規制においては、約款使用者の相手方に不利益が少ない代替手段の有無を考慮する見解が多くみられるということである。以下の 2 点について、第 2 章第 3 節及び第 4 節の比例原則の一般理論を踏まえて検討していきたい。

#### 1 軽過失に対する重大な制裁との衡量

まず約款規制に際しては信義則が機能し、約款使用者が相手方の利益に配慮することなく自己の利益を一方的に追求するような約款条項は不当であると評価される。この不当性判断に際しては、約款使用から得られる約款使用者の利益とそれによって失われる相手方の不利益が考慮されている。具体的には、本章第 2 節の判例では、約款使用者が相手方の責務や義務違反に対して制裁を課す約款条項が不当であるか否かが問題とされていた。この両者の関係を衡量した結果、判例では「制裁の厳しさがオプリーゲンハイトの重大さと不釣り合いな関係にある」約款条項は無効になると判断されていた。本章第 3 節の学説でも、相手方の軽過失に対して極めて重大な制裁が与えられる場合には約款条項が無効となると解されていた。学説では、この不均衡性の判断基準について「比例原則」を構成する個別原則の一つである「均衡性の原則」として捉えられていた。

それでは、この均衡性の原則とは何か。第 2 章第 4 節 2(1)によると、この原則の捉え方には大別すると 2 つの立場がみられた。

第 1 に、「均衡性の原則」を、それ自体実質的な内容を有さず、当事者間の利益や法益の対立を衡量によって調整する手段と捉える立場である（Ⅰ）。この理解では、均衡性の原則は、比べることを内容とする衡量手段であり、同原則が法的地位を制限するのではない。均衡性の原則は、信義則違反の判断に際して、権利行使への債権者の利益とそれに対する債務者の不利益との衡量手段として作用するとみる。

第 2 に、均衡性の原則とは単なる衡量だけでなく、一定の内容を有するとみる立場である（Ⅱ）。具体的には、信義則の下で作用する「均衡性の原則」について、「軽微な義務違反や過失に対して不相当な法的効果や制裁を課してはならない」という意味や「目的と手段との間に不相当があってはならない」という意味として捉える理解がみられる。

それでは、約款条項の不当性判断では「均衡性の原則」がどのように理解されているのか。本章第 3 節 1(1)h の Stürner は、第 2 章第 3 節 3(1)b でも詳しくみたように、均衡性の原則をそれ自体には内容が含まれない形式的な衡量手段とみる（Ⅰの立場）。Stürner は、約款条項の不当性判断においても「契約当事者双方の利益を考慮する相当性審査が行

われる」としているところ、「均衡性の原則」をこの両者の利益を衡量する形式的な手段と解しているとみうる。具体的には、この原則は、相手方の義務違反の程度とそれに対する制裁の重大性を衡量する手段と理解しうる。

他方で、本章第2節の判例をみると、「正当な約款使用者の利益に基づき約款使用者の相手方に課せられる義務と制裁は、過剰介入の禁止に服し、具体的かつ相当な限定を必要とする」との判示がなされる。さらに、本章第3節の学説では、均衡性の原則（狭義の意味の比例性）に関して、「正当と認められる目的と並外れた関係にないこと」とみる見解（cの見解）や、軽微な過失に対して重大な制裁が結び付けられる場合には比例原則への顧慮が欠けているとする見解がみられる（d・e・fの見解）。これらの見解では、「均衡性の原則」を単なる比較衡量だけではなく、「軽微な過失に対して重大な制裁であってはならない」という意味も含んだ原則として捉えているのではないだろうか（Ⅱの立場）。つまり、比例原則の一般理論においてⅡの立場で理解される均衡性の原則が、約款条項の不当性判断においては、軽微な過失や義務違反に対して過大な制裁であってはならないという考え方として具現化されているとみることができる。この意味での均衡性の原則は、普通取引約款において重要な基準となる信義則の評価の基準（f・gの見解）として理解されている。そのため、BGB307条の信義則違反、具体的には「相手方を不相当に不利に扱う」という一般条項の判断基準を明確化させる機能を有しているとみることができる。

## 2 約款使用者の相手方にとって緩やかな代替手段の考慮

### (1) ここまでのドイツ法のまとめ

約款条項の不当性を判断する際には、約款使用者の相手方に不利益が少ない代替手段の存在を考慮するか否か、また考慮するとしてどのような形で約款条項の不当性判断に取り入れるのが問題視されていた。その際には、必要性の原則の視点からこの問題が議論されていた。

まず、【判例1】や学説の一部でみられるように、約款条項の不当性を判断する際に、代替手段の有無を「考慮しない」立場（①）と、【判例2・3】や多くの学説でみられるように、代替手段の有無を「考慮する」立場（②）に分けられる。

この後者②の立場は、さらに二つに分類される。すなわち、約款使用者が相手方に不利益の少ない手段を「常に使用しなければならない」とする立場（②-A）と、約款使用者の約款形成の自由も考慮して、不利益の少ない代替手段の使用を「厳格に要求しない」立

場（②-B）である。このうち、前者の立場では、複数の手段の中で必要最小限度の手段であることを求める（本章第3節1cの見解）。こうした厳格な手段統制は、約款使用者に求められている手段選択の自由と対立しかねない。そのため、こうした必要性の原則は私的自治の原則を否定するものであるとしてその採用に懐疑的な立場もみられた（第3節1hの見解）。これに対して、ドイツの議論においては、②-Bの立場、すなわち、一方では約款使用者による約款形成の自由を認めつつ、他方では約款使用者の相手方を侵害しない手段を求める立場が有力であるとみられる（本章第3節1f・gの見解）。具体的には、私法における信義則の発露としての比例原則からは、約款使用者と顧客との利益対立を解消する唯一の解決が導かれるわけではないと主張される（第3節1gの見解）。

それでは、なぜ約款条項の不当性判断に際して代替手段の存在が考慮されるのか。第2節の判例や第3節の学説ではこの点が詳しく説明されていなかった。そこで、第2章第3節及び第4節の比例原則の一般理論を踏まえて、この理由について検討してみたい。

## （2） 比例原則の一般理論からみる代替手段の根拠

比例原則の一般理論を踏まえると、私法・民法領域における代替手段、すなわち必要性の原則の妥当性については、次の見解が考えられる。

### a 当事者間の不平等状態による自己決定の喪失の回復

第1に、比例原則全体を対象に述べられたものであるが<sup>314</sup>、相手方の喪失した自己決定や契約法の機能不全を回復させるために、同原則が適用されとする見解がある（第2章第3節2(1)）。この見解によれば、合意が当事者の自由な自己決定でなされた場合には、比例原則による利益調整は行われたい。しかし、相手方がより強大で、かつ劣位当事者の負担で自己の利益を貫徹する場合、つまり、契約当事者の一方が非常に強く、契約条件を事実上一方的に設定しうる場合には、相手方の自己決定が危険にさらされることになる。そのような場合には契約法が機能不全に陥ってしまうために、比例原則による正当な利益調整の確立が求められるとする。この利益調整は、立法によって実現されるところ、その一例が約款条項の規制である。普通取引約款規制（AGBG9条）は、こうした不平等な利益状態の修正であり、比例原則が適用されとする。この見解からは、約款規制において

---

<sup>314</sup> そのため以下では必要性の原則ではなく、比例原則という用語を使用する。

代替手段の有無が考慮されるのかが明確には読み取れない。ただし、他の具体例である解約保護法では、解約告知以外の代替手段の有無が考慮されるとする。

#### b 信義則の一類型としての許されざる権利行使

第2に、信義則の一類型としての比例原則を位置づける試みがある（第2章第3節1(1)）。そこでは、比例原則を「複数の制裁手段の中で介入がより小さい手段のみを要請するもの」と捉え、要請されている手段よりも一層強い手段を選択することを権利濫用とみる見解がある（第2章第3節1(1)f）。さらに、同原則を「権利の行使が相手方に極端に過大な不利益を与え、かつ権利者の利益を同様に良く顧慮し、または権利者に少なくとも期待しうるであろう他のより重大でない措置が可能である場合には権利の行使が許されない」と定義づける見解もある（第2章第3節1(1)e）。このような「必要性の原則」の意味で理解される比例原則は、信義則に基づく「相互の配慮（Rücksichtnahme）のための要請」から導かれると理解されている（第2章第3節1(1)d,j）。

#### (3) 約款条項の不当性判断における代替手段の根拠

以上(2)の見解を約款規制の場面で敷衍すると、2つの根拠を指摘しうる。

まず上記a説によれば、約款使用者が優位にあり、劣位にある相手方の負担の下で一方的に約款条項を定める場合には、相手方の自己決定が喪失する可能性がある。そのように当事者間に不平等な状況がある場合には、両当事者の正当な利益調整を回復させ、相手方の自己決定を確保するために比例原則が適用される。その結果、約款規制に際して相手方に不利益の少ない代替手段の有無が考慮されることが考えられる。

他方で、上記b説からは、信義則に基づく配慮の要請に基づき、約款使用者は相手方に配慮した行動をとらねばならないことになる。そのため、約款使用者が約款を定めた目的を相手方に不利益が少ない手段で達成できるにもかかわらず、相手方に過大な不利益を与える約款を使用することは信義則に違反するものと評価されうる。そのように評価される場合には、約款使用者には相手方の利益に配慮した他の穏当な手段の使用が求められると考えられる。

それでは、約款条項の不当性判断における代替手段の理由は、いずれに求められるのか。この点、本章第3節では、約款使用者の代替手段の存在を考慮する学説の中に、比例原則が約款使用者への信義の拘束と特に密接な関連を有すると指摘する見解（同節(1)f・g

の見解)や、比例原則を私法における信義則の発露と捉える見解(同節(1)gの見解)がみられた。これらの見解では信義則に言及していることからすると、以上の議論を総体的にみるならば、代替手段の存在を考慮する見解は、上記b説を前提にしていると把握することができる。このように、ドイツの多数説の立場によると、信義則に基づく配慮義務を根拠として、約款使用者は相手方に配慮してその不利益が少ない代替手段を使用することが求められており、こうした代替手段の存在が約款条項の不当性判断において考慮されているとみることができる。



## 第4章 債務者の過大な負担に基づく給付拒絶

### 第1節 緒論

第2章第3節1・3でみたように、学説では、BGB275条2項<sup>315</sup>、BGB439条4項<sup>316</sup>、BGB635条3項<sup>317</sup>を比例原則が具体化された規定とみる見解がある。これらの規定は、給付から得られる債権者の利益と給付に要する債務者の負担との間に著しい不均衡

(BGB275条2項) または単なる不均衡 (BGB439条4項、BGB635条3項) がある場合、債務者は給付を拒絶することができる旨を規定する。BGB 275条2項は、債務法総則に位置づけられる。BGB439条4項及びBGB635条3項は、債務法各論に位置づけられる規定であり、前者は売主の給付拒絶を、後者は請負人の給付拒絶を定める。

本章第2節において詳しくみるように、これらの給付拒絶に関する規定は、2002年のドイツ債務法現代化によって、新設・改正されたものである。この立法化にあたっては、債務法改正前の判例法理が参照されていたとみうる。また立法化にあたっては、「比例原則」を考慮していた見解がみられる。そこで、第2節では、債務法の議論状況につき判例を中心にまとめた上で、改正論議を簡潔にみていく。それに続く第3節では、債務法改正前の経緯を簡潔に述べたのち、債務法改正後の給付拒絶の議論状況を整理する。この改正後の議論においても、債務者の給付拒絶の根拠や位置づけに関連して「比例原則」に言及する見解がみられる。以上を踏まえて、第4節では、第2章第4節でみた比例原則の一般理論からみて、給付拒絶の場面で比例原則がどのように用いられ、いかなる機能を有しているのかを検討していきたい。

### 第2節 債務法改正前の議論状況と改正論議

ドイツでは、2002年1月1日に債務法現代化法が施行された。この改正前においては、請負契約と旅行契約に追完拒絶の規定が設けられていたにとどまる。規定がない場面では、給付が事実上は困難であり、合理的な債権者ならば履行を断念するような場合を履

---

<sup>315</sup> BGB275条2項の条文訳は、前掲注(11)を参照。

<sup>316</sup> BGB439条4項の条文訳は、前掲注(130)を参照。

<sup>317</sup> BGB635条3項の条文訳は、前掲注(131)を参照。

行不能（BGB 旧 275 条<sup>318</sup>）と位置づける見解があった<sup>319</sup>。もっとも、判例においては、不能とは異なる考え方から給付拒絶が正当化され、この判例が現行法の形成に影響を与えたとされる。そこで、以下では債務法改正に影響を与えた事例とされる<sup>320</sup>判例を確認する。

## 1 債務法改正前の判例法理

債務法改正に関する政府草案の立法理由書によると、BGB275 条 2 項の立案に際しては後述【判例 3・4】が参照されている<sup>321</sup>。この 2 つの判決が登場するに至る過程には、BGB251 条 2 項<sup>322</sup>が影響している。同条項は、「原状回復が過大な費用によってのみ可能であるときに」賠償義務者に金銭での賠償を認める<sup>323</sup>。ライヒ裁判所の判例<sup>324</sup>によって、同条項は、損害の除去に要する賠償請求権に対する抗弁として適用されることとなった。

---

### <sup>318</sup> 【BGB 旧 275 条】

1 項「債務者は、債務関係の成立後に生じた、債務者の責めに帰することができない事情によって給付が不能となった場合、給付に関する義務から解放される。」

2 項「給付に関する後発的に生じた債務者の主観的不能は、債務関係の成立後に生じた不能と等しく扱う。」

<sup>319</sup> BGH NJW 1983,2873,2874.; Palandt/Helmut Heinrichs,61.Aufl., 2002, BGB, §275 aF.Rn.8.; Manfred Löwisch, in: Staudinger Kommentar zum BGB, 2001, §275, aF.Rn.9.; Anika Mitzkait, Leistungsstörung und Haftungsbefreiung, Mohr Siebeck, 2008, S.44.を参照。

<sup>320</sup> 以下の判例を取り上げる際に参考にした文献は、Claus-Wilhelm Canaris, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen (以下、Leistungsstörungen と略称する), JZ 2001, S.499, 502.; Schmidt-Recla, Echte, faktische und wirtschaftliche Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage-Abgrenzungsversuche nach der Schuldrechtsreform, in: Bernd-Rüdiger Kern u.a. (Hrsg.), Humaniora. Medizin-Recht-Geschichte; in: Festschrift für Adolf Laufs zum 70.Geburtstag, Springer Science & Business Media,2005, S.641,652ff.; Markus Finn, Erfüllungspflicht und Leistungshindernis, Die Bestimmung der Grenzen vertraglicher Primärpflichten nach §§275 Abs.1 und 2,313 BGB, Duncker & Humblot, Berlin, 2007, S.174,190ff.; Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.168ff.である。

<sup>321</sup> 政府草案の立法理由書である Deutscher Bundestag (以下、「BT-Drs」と略称する) 14/6040, S.130.を参照。

<sup>322</sup> BGB251 条 2 項の条文訳は、前掲注(79)を参照。

<sup>323</sup> BGB251 条 2 項の前提としての原状回復義務については BGB249 条が規定する。

### 【BGB249 条】（損害補填の方式及び範囲）

1 項「損害補填の義務を負う者は、補填を義務づける事情が生じなかったとすれば存在したであろう状態を回復しなければならない。」

2 項「人の傷害または物の損壊により損害補填をしなければならないときは、債権者は、状態の回復に代えて、そのために必要な金額を求めることができる（以下、略）。」

<sup>324</sup> RGZ71, 212 (1904.6.7).

この判決を皮切りに、1970年代にはその適用範囲が妨害排除請求の制限の場面にも拡がり、【判例3】が登場するに至る。以下、この判例が登場するまでの経緯を概観する。

【判例1】BGH NJW1970,1180 (1970.4.24) <sup>325</sup>.

a 事実の概要

Yの自己の家への増築が、建物の隣接地との境界間隔を定める州の建築法に違反したため、建設局は建設許可を拒否した。それにもかかわらず、Yが増築をしたため、Yの隣地者Xは増築部分の除去を求めた。控訴審は、Xの請求を認めた。

b 判旨

BGH（連邦通常裁判所）も控訴審と同様にXの請求を認めた。その際、BGHは、理論的には妨害排除請求権に対してBGB251条2項の抗弁が適用されうるとした。しかし、BGB251条2項は「信義誠実の原則の現れ」であるため、故意によって増築をしたYに同規定に基づく抗弁を主張することが認められない、と結論づけられた。

その後に登場した判決においても、「【判例1】が判示したように、BGB251条2項が一般的な信義誠実の原則の特別に法律上具現化したもの(Ausprägung)であることが明らかである」<sup>326</sup>と示されている<sup>327</sup>。

【判例2】BGH WM 1974,572 (1973.12.21)

a 事実の概要

Yは、自身の土地に4階建ての多世帯住宅を建てた。しかし、当該土地は住宅地域として2階建てが予定され、州の建築法では階数の高さに比例して隣接地との境界間隔を広くする旨の規定があった。そこで、Yの隣地者Xは、上記住宅の2階からの取壊しなどを求めた。控訴審は、Yの損害賠償のみを認めた。

---

<sup>325</sup> この事案を紹介するものとして、和田真一「費用の過大さを理由とする妨害排除請求の制限——BGB二五一条二項の適用範囲論をめぐって——」立命館法学 225・226号（1993年）802頁以下がある。

<sup>326</sup> BGHZ 59, 365 (1972.10.26).

<sup>327</sup> 【判例1】を指摘する判決として、ほかにBGHZ 63,295 (1974.12.3)がある。同判決は、BGB251条2項は「信義誠実の一般的な原則の具体化」であり、どれほどの原状回復費用が不均衡となるかは、「両当事者の期待可能性」に従った法益衡量及び利益衡量に基づき確定されうるとした。

## b 判旨

BGH は、BGB251 条 2 項の法思想に言及したうえで、「空気、光そして眺望の侵害除去に関する隣地者の請求は、不均衡な費用によってのみ要求された状態の回復が可能であろう場合には権利濫用」となるとした。また【判例 1】を参照し、その衡量に際しては違反者の過失の種類及び程度も重要となりうると判示した。その上で、取壊しに要する費用が X の損害と並外れた関係にないとはいえないであろうとされた。

この判決では、BGB251 条 2 項の法思想から原状回復請求権の行使が相手方に不均衡な費用をもたらす場合には権利濫用となる結果、当該請求権の行使が否定された。これらの裁判例を踏まえ、BGB251 条 2 項・BGB 旧 633 条 2 項 3 文<sup>328</sup>に現れている「一般的な法思想」に基づき給付拒絶を正当化する判例が登場するに至る。

【判例 3】BGHZ 62, 388 (1974.6.21)<sup>329</sup>.

## a 事実の概要

Y は、所有する土地の中央部 3 つに分譲住宅の建築を、その両側の土地に賃貸用住宅の建築を計画した。その後、Y は、X に中央部の土地の持分を売却し、両側の土地に地下駐車場を建設した。しかし、この駐車場が中央部の土地に約 20 m<sup>2</sup>越境していた。さらに、X が持分権(Miteigentumsanteil)及び住居所有者として登記した後に、Y は中央部の土地上にも駐車場を設け、同駐車場は両側にある不動産の居住者に賃貸された。そこで、X は、地下駐車場の越境部分及び地上の駐車場の一部の除去を求めた。控訴審は、X の請求を全部棄却した。

## b 判旨

BGH は、「BGB 旧 633 条 2 項 2 文（当時）は、BGB251 条 2 項の損害賠償法上の規定においても現れているような一般的な法思想(allgemeine Rechtsgedanke)を基礎にしている。それによれば、そもそも要求された状態の回復請求は、請求権の相手方が、不均衡で合理的には期待不可能な費用によってのみその請求に応じうるであろう場合には権利

<sup>328</sup> BGB 旧 633 条 2 項 3 文の条文訳は、前掲注(80)を参照。

<sup>329</sup> 同判決は、BGB251 条 2 項の妨害排除請求権への適用の観点から和田・前掲注(325)803 頁以下、事実的不能の位置づけを検討する際に BGB275 条 2 項の立法経緯を確認する観点から大原・前掲注(13)「事実的不能」84 頁以下で紹介されている。

濫用とみなされる。…判例によれば、この原則は特に BGB1004 条<sup>330</sup>に基づく法律上の妨害排除請求権にも妥当することが確認されている【判例 2】」と判示した。そして、BGH は、X の地下駐車場の排除請求を棄却し、地上の駐車場の除去請求についてはその費用を確認するために事案を控訴審に差戻した。

学説では BGB251 条 2 項を妨害排除請求に適用することに賛否がみられていたが<sup>331</sup>、【判例 3】以降においても、「BGB 旧 633 条 2 項及び BGB251 条 2 項において現れている一般的な法思想が妨害排除請求権にも妥当し、当該請求が不均衡でかつ期待不可能な費用によってのみ履行される場合には排除される」ことが確認されている<sup>332</sup>。

【判例 4】BGH NJW 1988, 699 (1987.10.2)<sup>333</sup>.

#### a 事実の概要

受任者 Y は、委任者 X の間接代理人として X のための土地を購入し、X から代金を受け取った。しかし、Y は当該土地を X ではなく、商人 A に売却し、その後物権的合意の仮登記がなされた<sup>334</sup>。そこで、X は Y に対して仮登記の抹消を請求した。A は抹消請求に応じる用意はあったが、Y が補償として不動産の流通価格の約 33 倍の価格を支払うことが条件であった。そのため、Y は X の請求を拒絶した。控訴審は、X の請求を認めた。

#### b 判旨

---

<sup>330</sup> 【BGB1004 条】（妨害排除請求権及び不作為請求権）

1 項「所有権が、占有の侵奪または留置以外の方法で侵害されたときには、所有者は侵害者に対してその侵害を排除するよう請求することができる。さらなる侵害のおそれがあるときは、所有者は、その不作為を求めて訴えを提起することができる。」

2 項「所有者が侵害を忍容する義務を負う場合には、前項の請求権は、これを行行使することができない。」

<sup>331</sup> これらの学説状況は、和田・前掲注(325)788 頁以下に詳しい。

<sup>332</sup> BGH WM 1977,536 (1976.12.10).; BGH NJW 1979,1409 (1979.3.23).

<sup>333</sup> 同判決を紹介・検討するものとして、川角由和「ネガとリア責任と金銭賠償責任との関係について——ドイツにおける判例分析を中心に——」広中俊雄先生古稀祝賀論集『民事法秩序の生成と展開』（創文社、1996 年）560 頁以下、大原・前掲注(13)「事実的不能」84～88 頁。

<sup>334</sup> Y の当該行為は、BGB667 条の引渡義務に違反している。

【BGB667 条】（引渡義務）

「受任者は、委任を執行するために受け取ったもの、および事務を処理することによって取得したものを、全て委任者に引渡す義務を負う。」

BGH は【判例 1】などを参照し、「BGB 旧 633 条 2 項 3 文、BGB251 条 2 項において明確にされている一般的な法思想によれば、それ自体要求された——契約上義務づけられた——状態の回復請求は、請求された者が、不均衡で合理的には期待不可能な費用の下でのみその請求に応じうるであろう場合には権利濫用となりうる。…期待可能性の審査に際しては純粋な価値関係だけではなく、特に故意による契約違反【判例 3】または重過失【判例 1】が考慮され、その場合には債務者にさらに不均衡な費用が期待されうる」と判示した。しかし、X の請求は、信義則に基づき排除される、と結論づけられた。なぜなら、土地の 33 倍もの支払費用が Y に期待できず、X は損害賠償請求により満足を得ることが期待されるからである。

この【判例 4】によると、BGB 旧 633 条 2 項 3 文及び BGB251 条 2 項に現れている「一般的な法思想」が契約に基づく履行請求権も制限することが確認される。また履行請求権の制限の判断に際して、債権者の履行請求が債務者に対して過大な負担を与えることだけではなく、債権者の利益が損害賠償によって満足しうることが考慮されている。

#### 【判例 5】 OLG Hamburg 2001,367 (2000.9.6)

##### a 事実の概要

繋駕速歩競走に利用するために 310,000DM で土地及び建物を借りていた賃借人 X が、吹付けアスベスト(Spritzasbest)が見つかった観客席の修復のために、賃料の 12 倍を上回る前払い費用(Vorschuss)を賃貸人 Y に請求した。

##### b 判旨

OLG は、【判例 4】と同様に「BGB 旧 633 条 2 項 3 文、BGB251 条 2 項において明確にされている一般的な法思想によれば、それ自体要求された——契約上義務づけられた——状態の回復請求は、請求された者が、不均衡で合理的には期待不可能な費用の下でのみその請求に応じうるであろう場合には権利濫用となりうる」と判断した。その上で、「一方では修繕費用と他方では賃借人にとっての修繕の利益や賃貸物の価値及びそこから生じる収益との間に極端な不均衡が存在する」ために X の請求を「信義則」に違反すると結論づけた。

【判例 5】からは、【判例 4】で示された一般的な法思想が賃貸借契約の場面においても適用されていたことが分かる。

## 2 債務法改正前の判例法理のまとめ

以上1では、給付拒絶の形成に際して参照された債務法改正前の重要判例をみた。債務法改正前の判例においては、BGB251条2項の法思想が給付拒絶を正当化する際の重要な役割を担っていた。同条項は、本来、原状回復の原則の例外を定める規定である。もっとも、同条項は、ライヒ裁判所の判例を契機として損害の除去に要する賠償請求権を制限する際に適用され、1970年代には妨害排除請求権を制限する機能を有することとなった【判例1】。この判決では、BGB251条2項が信義誠実の原則を法律上具現化した規定であると明らかにされた。続く【判例2】では、BGB251条2項の法思想が考慮され、越境建築部分の除去請求が「権利濫用」とであると評価された。【判例2】を承けて、【判決3】では、越境建築物に対する物権的妨害排除請求が債務者に過大な負担となるかどうかの問題とされた。この問題に関して、BGB251条2項の基礎に置かれている一般的な法思想によれば、原状回復請求が相手方にとって「不均衡で合理的には期待不可能な費用の下でのみその請求に応じうるであろう場合には権利濫用とみなされうる」こと、そしてこの原則が妨害排除請求権の制限にも妥当することが示された。【判例4】では、BGB251条2項に加えて、請負人の追完拒絶を定めるBGB旧633条2項3文に現れている「一般的な法思想」から契約に基づく履行請求権の行使が制限された。またこの判例では、債権者の履行請求が債務者に過大な負担となることだけでなく、債権者が損害賠償の請求によって利益を満足しうることも履行請求権の制限に際して考慮されていた。【判例4】で示された「一般的な法思想」は賃貸借契約にも妥当し【判例5】、賃借人の修繕請求が「信義則」に違反すると結論づけられた。

このように債務法改正前の判例において債権者の履行請求や妨害排除請求を制限する根拠は、BGB251条2項・BGB旧633条2項3文に含まれていた「法思想」に求められた。つまり、この法思想に基づき、給付から得られる債権者の利益に比べて給付に伴う債務者の不利益が過大と評価される場合は、債権者による履行請求権や妨害排除請求権の行使が信義則への違反ないし権利濫用となるために制限されると判断された。

## 3 債務法改正論議の要点

以上の債務法改正前の判例法理は、改正論議においても参照されている。債務法改正の発端となったのは、1981年と83年に公表されたHuberの鑑定意見書であった。1984年

に連邦司法省内に設けられた債務法改正委員会は、1992年に委員会草案(KE=Kommissionsentwurf)を示した。その後、改正が一時停滞していたが、2000年8月4日になって債務法現代化法の討議草案(DE=Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)が公表された。その背景の一つには、「消費動産売買及び消費者のための保証の一定の観点に関するEU指令」(Richtlinie1999/44/EG)など3つのEU指令の国内法化が迫っていたことがあげられる。この討議草案に対して批判がなされた結果、連邦司法省が2000年末に設置した給付障害法委員会は、2001年3月6日に債務法現代化法の討議草案の整理案(KF=Konsolidierte Fassung des Diskussionsentwurfs eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes)を、同年5月9日に政府草案(RE=Regierungsentwurf)を公表し、その後改正が結実した<sup>335</sup>。

債務法改正の議論の当初には、給付障害法の中心的な概念であった不能を放棄する動きがみられた。しかし、この動きに対して、KFにおいてCanarisが給付義務の限界を画する基準としての不能の有用性を示した<sup>336</sup>。このCanarisの見解が債務法改正に多大な影響を及ぼしているため、その内容をみておきたい<sup>337</sup>。

Canarisによると、KF275条2項は、いわゆる事実的または実際上の不能の規定とされる。つまり、給付障害の除去が理論的には可能ではあるが、合理的な債権者ならば給付を期待しえない事例である。教科書事例としては、売買目的物の指輪が湖に落ちた事例があげられる。しかし、むしろこうした事例よりも重要なのは、主観的不能として位置づけるかどうか疑われる事例とされる。例えば、目的物を盗難または紛失した債務者が義務づけられた物の再取得を引き受けなければならないかが問題となる事例である。この給付障害からの免責につき、KF275条2項の下で比例性の審査が行われる。

---

<sup>335</sup> 債務法現代化法の立法経緯を網羅的に紹介するものとして、たとえば、渡辺達徳「解説：債務法現代化法制定の経緯」岡孝編・前掲注(11)『契約法における現代化の課題』15頁、半田・前掲注(283)がある。

<sup>336</sup> Canaris, Zur Bedeutung der Kategorie der „Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen (以下、Unmöglichkeitと略称する)in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Tübingen 2001, S.43ff.不能概念をめぐる債務法改正の議論状況は吉政・前掲注(12)243頁以下に詳しい。

<sup>337</sup> 討議草案の整理案(KF)275条2項に関する討議草案の整理案(KF)275条2項に関するCanaris, Leistungsstörungen (Fn.320), S.499,502.大原・前掲注(13)「事実的不能」88頁以下を参照。



また Canaris によると、KF275 条 2 項の規定には、BGB251 条 2 項、BGB 旧 633 条 2 項、BGB 旧 651c 条 2 項 2 文<sup>338</sup>の規定と一定の類似性がみられるという。BGH（本節 1 【判例 4・5】参照）がそれらの規定から「一般的な法思想」を取り出したため、KF275 条 2 項は新たに開発されたものではないとみる。他方、KF275 条 2 項とあげられた規定は、2 つの点で区別されるとする。第 1 に、給付に対する債権者の利益が決定的に重要な基準点となること、第 2 に、債権者の利益と債務者の負担との差が「大きく」なければならないということである。債権者の利益が重要であるということは、BGB251 条 2 項、BGB 旧 633 条 2 項 3 文の判例及び支配的な見解にも合致するが、それらの規定の文言からは取り出されないと、その解釈が KF275 条 2 項の施行によって固定化されるという。このように KF275 条 2 項は「顕著な不均衡」を定めており、同規定が問題となるのは例外的な事例とされる。そして、このことは、BGB251 条 2 項・BGB 旧 633 条 2 項 3 文の法思想を一般化した BGH の判例と一致するところとされる。つまり、1 の【判例 3・4】が示した BGB251 条 2 項・BGB 旧 633 条 2 項 3 文に内在する「一般的な法思想」を債務法総則の規定として具体化したのが KF275 条 2 項であると理解される。

Canaris によると、KF275 条 2 項は、理論的には不能として位置づけられる。それと同時に、比例原則に遡る権利濫用の禁止の具体化ともいいうるという。こうした位置づけは、BGH（1 の【判例 3・4】参照）が BGB251 条 2 項、BGB 旧 633 条 2 項 3 文から導かれる一般的な法思想を権利濫用の思想の具現化(Ausprägung)とみなしていることにも相当するという。もっとも、権利濫用における比例原則の意義はほとんど明らかにされていないとの指摘もなされる。

このように、債務法改正前の判例法理の影響を受けて、BGB275 条 2 項が制定された。また同規定と類似の規定として、債権法各論に位置づけられる給付拒絶の規定も設けられた。債務法改正後においては、これらの給付拒絶に関していかなる議論が展開されているのだろうか。

---

<sup>338</sup> BGB 旧 651c 条の条文訳は、前掲注(81)を参照。

### 第3節 ドイツ債務法改正後における給付拒絶の議論状況

2002年ドイツ債務法改正では、まず債務法総則において給付拒絶（BGB275条2項）が設けられるとともに、売買法及び請負契約法の債権法各論においても給付拒絶が新設ないし改正されるに至った。学説では、後述の通り、給付拒絶の判断基準が議論される際にはこれらの各規定の相互関係を検討する見解もみられる。またこれらの給付拒絶の規定の意義及び根拠を統一的に検討する見解もみられる。そこで、本節では、まずBGB275条2項の給付拒絶の議論をみる。その上で、同規定と関連する問題として、買主の追完請求権に対する売主の追完拒絶（BGB439条4項）、注文者の追完請求権に対する請負人の追完拒絶（BGB635条3項）の議論状況についてもみておきたい。

#### 1 債権者の利益と債務者の不利益との著しい不均衡に基づく給付拒絶（BGB275条2項）

##### (1) BGB275条2項の対象

BGB275条は、債務法総則における給付義務の排除を定める。同条1項は、物理的不能を定める。同条2項1文では、債務者は、信義誠実や債務関係の内容を考慮して、債権者が履行請求権<sup>339</sup>の行使から得られる利益と債務者に生じる費用や労力などの負担との間に著しい不均衡がある場合に給付を拒絶することができる旨が定められる。

前述第2節3の通り、Canarisによると、BGB275条2項の事例として想定されているのは、事実的不能にあたるような事例とされる。つまり、給付が理論的には可能であるが合理的な債権者ならば給付を期待しえない事例である。もっとも、債務者がこうした給付障害に直面した場合、常に同規定が問題となるわけではない。BGB275条2項による給付拒絶が問題となるのは、債務者が債務関係の内容の解釈を通じて給付障害を克服する義務を負い、かつ「計画外」の超過支出(Mehraufwand)が生じる場合であると解されている<sup>340</sup>。したがって、債務者が「予め考慮された」給付障害を克服する義務を引き受けた場合

<sup>339</sup> ドイツにおける履行請求権の位置づけについて、潮見佳男『契約法理の現代化』（有斐閣、2004年）365頁は、履行請求権を債務不履行が生じた場合の救済手段と捉える一方、吉政・前掲(12) 255～257頁は、債権者が契約に基づいて履行請求権を当然に有するとみる。

<sup>340</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.178.; Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, Walter de Gruyter, 2008, §5 Rn.12. BGB275条2項における「債務関係の内容」の重要性を指摘するものとして、潮見・前掲注(339)『契約法理の現代化』特に363頁、大原・前掲注(13)「事実的不能」99～101頁参照。

には、私的自治の原則を考慮して、債務者は給付義務から免責されないと解される<sup>341</sup>。例えば、特定物である指輪の売主が契約締結時に湖底に指輪があることを知っており、当該指輪の給付を引き受けたならば、売主は買主への指輪の引渡義務を拒絶できないとされる<sup>342</sup>。そして、BGB275 条 2 項が實際上問題となるのは、あたかも物理的不能と言いうる指輪が落ちた事例ではなく、債権者の濫用的な履行請求を排除する事例であるとの主張がなされる<sup>343</sup>。

## (2) 債務者の給付拒絶の比例性審査

BGB275 条 2 項の給付拒絶を判断する際には、債権者の利益が重視される<sup>344</sup>。さらに、当該利益が解除や代金減額などの他の手段により満足されうるか否かも考慮されると解されている<sup>345</sup>。この債権者の利益と対比されるのは、債務者の負担(Aufwand)である<sup>346</sup>。この負担には、金銭での出費や行動、それと類似の人的な努力(ähnlich persönliche Anstrengungen)も含まれる<sup>347</sup>。

このように BGB275 条 2 項の衡量の対象となるのは、債権者の給付利益と債務者の負担である。したがって、立法者意思及び判例・通説によれば、売買代金のような反対給付か

---

<sup>341</sup> Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §5 Rn.2.

<sup>342</sup> Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §5 Rn.2.; Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.177ff.; Dauner-Lieb, in: Dauner-Lieb, Langen (Hrsg.), AnwaltKommentar zum BGB Band2/1:§§241-610,3.Aufl.2016, §275, Rn.42.

<sup>343</sup> Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §5 Rn.16.BGB275 条 2 項の適用範囲につき指輪が湖に落ちたような例外的な事例に限定すべきではないとする見解として、Dirk Looschelders, „Unmöglichkeit, und Schadensersatz statt der Leistung, JuS 2010, S.849.を参照。

<sup>344</sup> Canaris, Leistungsstörungen (Fn.320), S.501.; BT-Drs.14/6040, S.130. 裁判例では、越境建築による被侵害部分が居住空間でないこと(BGH NJW 2014,1881)、柵の取替えを求める利益(OLG NJW-RR 2007,1024)、長らく使用されていない通行地役権の侵害(BGH NJW 2008,3123)、企業の架空の業績に関する情報請求の必要性(BAGE111,91)が考慮されている。BGB275 条 2 項の比例性審査の基準を詳細に検討する論稿として、Ivo Bach, Leistungshindernisse, Mohr Siebeck, 2016, S.338ff.を参照。

<sup>345</sup> BGHZ 163, 234.

<sup>346</sup> この点で、BGB275 条 2 項は、債務者の個人的な義務と観念的または非財産的な給付障害との対立事例である同条 3 項と区別される。

<sup>347</sup> この費用の意義を踏まえて、本稿では「負担」や「不利益」という用語を用いている。

ら得る債務者自身の利益は BGB275 条 2 項では衡量の対象とならず、債権者の利益と債権者の反対給付の衡量は BGB313 条<sup>348</sup>の行為基礎の喪失の対象であるとされる<sup>349</sup>。

BGB275 条 2 項の給付拒絶が認められるためには、債権者の利益と債務者の負担の間に特に極端で信義則によれば耐えられないほどの「著しい不均衡」がなければならない。その理由は、債務者に帰責事由のない場合には債権者は履行請求権のみならず損害賠償請求権も失うことにある。一方、債務者に帰責事由がある場合に、債権者が損害賠償権を有するからといって債務者が給付義務から容易に免責されることにはならない<sup>350</sup>。そのため、通説によれば、BGB275 条 2 項は「契約を守らなければならない」という原則を強固にするものと捉えられる<sup>351</sup>。このことは、BGB275 条 2 項と BGB251 条 2 項（第 2 節 1 参照）の差異からも説明される。前者では単に「完全に不均衡(völliger Unverhältnismäßigkeit)」な限界のみを定めている。なぜなら、後者のような「厳格な比例性によるコントロール(scharfe Verhältnismäßigkeitskontrolle)」、つまり、債権者の利益と債務者の不利益が均衡であることを厳格に求めるならば<sup>352</sup>、給付義務の特別な重要性が正当に評価されず、特に私的自治の思想を喪失させることになってしまうからである、と指摘される<sup>353</sup>。

---

<sup>348</sup> BGB313 条の条文訳は、前掲注(237)を参照。

<sup>349</sup> Canaris, Leistungsstörungen (Fn.320), S.501.; BT-Drs.14/6040, S.130.; Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.180.これに対し、売買価格を考慮する見解も存在する（たとえば Thomas Ackermann, JZ 2002, 378, 383f.）。この見解については、田畑嘉洋「ドイツにおける買主の追完請求権と売主の追完拒絶権の関係について」九大法学 109 号 32 頁以下（2014 年）に詳しい。

<sup>350</sup> Canaris, Leistungsstörungen (Fn.320), S.502.; BT-Drs.14/6040, S.130.

<sup>351</sup> 学説の一部には、BGB275 条 2 項が契約の拘束力を弱めるとみる見解もある。Hans Stoll, Notizen zur Neuordnung des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 589, 592.; Daniel Zimmer, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, 1, 3 f.これに対し、通説の見解として Canaris, Leistungsstörungen (Fn.320), S.502.; ders, Die Behandlung nicht zu vertretender Leistungshindernisse nach §275Abs.2 BGB beim Stückkauf, JZ 2004, 214, 223.; Ulrich Huber, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des §275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: Festschrift für Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer u.a. (Hrsg.), Tübingen 2003, S.521, S.561f.; Patrick Mückl, Grundstrukturen und Problemschwerpunkte des §275 Abs.2 BGB, Jura 2005, 809.812.; Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §5 Rn.6.; MünchKomm/Ernst, 6. Aufl., 2012, §275, Rn.70.; Matthias Weller, Die Vertragstreue: Vertragsbindung-Naturalerfüllungsgrundsatz-Leistungstreue, S.433ff.; Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.175, 181ff, 187.; Hannes Unberath, Die Vertragsverletzung, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, S.279f.がある。

<sup>352</sup> 「厳格な比例性によるコントロール」の内容を明確化するために筆者が補足したものである。

<sup>353</sup> Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §5 Rn.6.

さらに、給付障害に関して債務者に帰責事由がある場合には、BGB275 条 2 項 3 文に基づき給付拒絶が認められるための不均衡性の程度が高くなる。そのため、債務者は、通常の場合には給付を拒絶できないとされる<sup>354</sup>。この帰結は、債務者が給付障害を惹起させておきながら、後に給付を拒絶することは認められないという矛盾挙動禁止の考えに基づく<sup>355</sup>。一方、給付障害に帰責事由を負わない債務者も給付障害の克服に全く努力する必要がないわけではない<sup>356</sup>。もっとも、債務者に帰責事由がない場合には、債務者に要求される努力の程度は帰責事由を負う場合よりも少なくなると解されている<sup>357</sup>。

以上の要件が充たされた場合でも、物理的不能（BGB275 条 1 項<sup>358</sup>）のように給付義務が法律上当然に排除されるわけではない。債務者が給付を拒絶するという抗弁を主張することによって債権者の履行請求権が制限されることになる。この両者の違いから 1 項は異議(Einwendung)として、2 項は抗弁(Einrede)として理解される<sup>359</sup>。

---

<sup>354</sup> BGH NJW 2008,3122. (後述(4)(b)【判例 2】) 給付拒絶が否定された例として、BGH NJW 2014,1881 では、「故意で行動した債務者にどんなことがあっても抗弁を援用することが禁じられるであろう」ということは取り出されない。「NJW 2008, 3122 判決は、BGB275 条 2 項により要請された衡量が、重大な過失（そしてなおさら故意）で建てられた越境建物の除去に向けられた請求の場合に、通常抗弁が拒まれるべきであるということを述べるにすぎない」と判示されている。

<sup>355</sup> BGB275 条 3 項において、同条 2 項と同様に帰責事由が考慮されるか否かに関する叙述であるが、Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.191.Fn.146.

<sup>356</sup> BT-Drs.14/6040, S.131.その理由の詳細については、大原・前掲注(13)「事実的不能」96 頁を参照。このように偶然に給付障害に陥った債務者も著しい不均衡があるまで給付義務に拘束されることから、BGB275 条 2 項が私的自治の原則に反するとみる見解がある。たとえば、Bernhard Picker, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach §275Abs.2 und §313BGB, JZ 2003,1035ff.これに対して、Canaris は、帰責事由のない債務者も著しい不均衡があるまではリスクを負い、それを超えた場合に債権者にリスクが移転することは構造的に避けられないなどと反論する (Canaris, Unmöglichkeit, Fn.336 ,S.221ff.)この Picker・Canaris の見解については、中村肇「事情変更法理における債務解放機能と債務内容改訂機能——ドイツ債務法現代化法および国際取引法規範における事情変更問題への対応を中心に——」成城大学 72 号 (2004 年) 59～61 頁に詳しい。大原・前掲注(13)「契約責任法の改正と履行不能」71 頁以下でも詳細に検討されている。

<sup>357</sup> BGHZ163,234.

<sup>358</sup> 【BGB275 条】 (給付義務の排除)

1 項「給付を求める請求権は、債務者またはいかなる人にとっても不能である場合には、その限りで、排除される。」

<sup>359</sup> BGB275 条 2 項の抗弁としての性質に関しては、Chris Thomale, Die Einrede als materielles Gestaltungsrecht, AcP 212(2012), S.934.; Hansjörg Otto, Der Ausschluss des Leistungspflicht gemäß §275 Abs.2 und 3 BGB im Schwebezustand, in: Heldrich, u.a.(Hrsg.), Festschrift für Canaris, München, 2007, S.945ff.に詳しい。

### (3) BGB275 条 2 項の正当化根拠と同条項の位置づけ

それでは、債権者の利益と債務者の不利益との間に著しい不均衡がある場合、BGB275 条 2 項によってなぜ債務者は給付を拒絶しうるのか。つまり、同規定はいかなる根拠によって正当化されるのだろうか。

立法資料によると、BGB275 条 2 項第 1 文は、BGB251 条 2 項・BGB 旧 633 条 2 項 3 文・BGB 旧 651c 条 2 項 2 文と同様に「一般的な法思想」を法律上具現化したものとされる（第 2 節 1【判例 3・4】）。この法思想とは、第 2 節 1・2 でみたところによると、債権者の履行請求や妨害排除請求が相手方に不均衡で合理的には期待できない負担となる場合には、当該請求が「信義則への違反ないし権利濫用」と評価されるものと解される。債務法改正後の判例においても、改正前の判例が妨害排除請求に対して BGB251 条 2 項の類推適用を肯定していたところ、「立法者は債務法改正によりこの内容を伴った一般的な法命題(Rechtssatz)を BGB275 条 2 項に規定した」と判示されている<sup>360</sup>。

この立法者意思に対しては、BGB275 条 2 項が一般的な法思想に依拠することに批判的な立場もみられる。この立場の一人である Lobinger によれば、BGB251 条 2 項・BGB 旧 633 条 2 項 3 文に基づき、債務者は原状回復義務を負っている。法は、損害の調整のために相当な金銭賠償で足りる場合には、原状回復義務を「比例原則」により制限するとみる。一方、BGB275 条 2 項ではそのような制限が存在せず、契約締結後に生じた事情を考慮して債務者が給付義務を負っているか否かが問われている。したがって、BGB275 条 2 項は、BGB251 条 2 項・BGB 旧 633 条 2 項 3 文の一般的な法思想から正当化されないと主張する<sup>361</sup>。

他方、債務法改正後の通説は、上記 Lobinger の見解とは異なり、BGB275 条 2 項が BGB251 条 2 項・BGB 旧 633 条 2 項 3 文などの「一般的な法思想」から形成されてきたことを肯定する。もともと、この通説の中でも BGB275 条 2 項の位置づけには違いがみられる。すなわち、一方では、第 2 節 3 でみた Canaris に代表されるように、この法思想を踏襲した BGB275 条 2 項について、不能であると同時に比例原則に遡る(Rückgriff)権利濫

---

<sup>360</sup> BGH NJW 2008,3123. BGH NZM 2010,174 も第 2 節【判例 3・4】が BGB275 条 2 項の形で民法典に加えられたとしたうえで、同条項は「BGB251 条 2 項に現れている一般的な原則に合致する」という。

<sup>361</sup> Thomas Lobinger, Die Grenzen rechtsgeschäftlicher Leistungspflichten: zugleich ein Beitrag zur Korrekturbedürftigkeit der §§ 275,311a,313 BGB n.F., Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, S.121ff.

用の思想を具体化した規定とみる見解がある<sup>362</sup>。他方では、第3節1(3)のStürnerに代表されるように、BGB275条2項を不能として位置づけるよりも、比例原則ないしは(beziehungsweise)権利濫用の思想の具現化としての抗弁(Einrede)<sup>363</sup>及びそれとともに信義則<sup>364</sup>(BGB242条)として位置づける見解も多くみられる。その理由として指摘されるのは、BGB275条2項の形成過程には第2節でみた債務法改正前の判例が影響を与えていることにある<sup>365</sup>。さらに、その理由は、BGB275条2項の表題が「給付義務の排除」であることや、給付拒絶の判断に際して債務者の帰責事由が考慮されること、さらにはPECL9:102条2項<sup>366</sup>や不能概念ではなく、「克服困難な給付障害(nicht überwindbares

---

<sup>362</sup> Canaris, Leistungsstörungen (Fn.320), S.504ff.; Schmidt-Recla, a.a.O. (Fn.320), S.662.; Dauner-Lieb, a.a.O. (Fn.342), §275, Rn.39.

<sup>363</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.187.; ders, Grenzen des privatrechtlichen Eigentumsschutzes. §275 Abs.2 BGB als Schranke negatorischer Ansprüche?, in: Peine/Wolff (Hrsg.), Nachdenken über Eigentum. in: Festschrift für Alexander v. Brünneck zur Vollendung seines siebzigsten Lebensjahres, Nomos-Verlag, Baden-Baden 2011, S.360,369.; ders, Leistungerschwerungen bei negatorischen Ansprüchen, Jura 2015, S.166ff.; MünchKomm/Ernst, a.a.O.(Fn.351), Rn.71.; Huber, a.a.O. (Fn.351), S.558 Fn.105.; Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §4, Rn.7 は、BGB275条2項だけでなく、後述のBGB439条4項・BGB635条3項と合わせた形でそのように主張する。

<sup>364</sup> Sebastian Kolbe, Unzumutbarer Beseitigungsaufwand?, NJW 2008, S.3618, 3619.; Stürner, Die Grenzen der Primärleistungspflicht im Europäischen Vertragsrecht, in: European Review of Private Law 2-2011, S.167,171.

<sup>365</sup> 脚注(364)にあげられた文献を参照。

<sup>366</sup> 【PECL（ヨーロッパ契約法原則 9:102 条（非金銭債務）】

1 項「被害当事者は、金銭債務以外の債務について、履行請求権を有する。この履行請求権は、瑕疵のある履行の治癒を請求する権利を含む。」

2 項「前項の規定にかかわらず、次の各号のいずれかに該当する場合には、履行を請求することができない。

(a) 履行することが違法、または不可能である場合

(b) 履行することが、債務者に不合理な努力または費用をもたらす場合

(c) 履行の内容が、一身専属的な役務の提供である場合、または人的関係に依存するものである場合

(d) 被害当事者が、他から履行を得ることが合理的に見て可能である場合」

条文訳は、吉政・前掲注(12) 236 頁脚注 91 によった。同条2項では、Unmöglichkeitと Leistungerschwerung が同様に並んで給付障害として機能している。

Leistungshindernis)」を用いる CISG79 条 1 項<sup>367</sup>のヨーロッパの統一モデルとの調和に求められる<sup>368</sup>。

このように BGB275 条 2 項の正当化根拠と位置づけに関しても、BGB251 条 2 項の原状回復義務が「比例原則」により制限されるとする見解(Lobinger)や、BGB275 条 2 項の位置づけに関して「比例原則」ないし「権利濫用の思想」の具現化とみる見解など、「比例原則」が意識されていることがわかる。もっとも、学説では同原則に関してそれ以上の詳しい指摘はされていない。

#### (4) 債務法改正後の判例からみる BGB275 条 2 項の比例性審査及び位置づけ

上記(2)の BGB275 条 2 項の比例性審査の基準、(3)の同規定の位置づけを理解するにあたり、債務法改正後の BGB275 条 2 項の判例が参考となる。そこで、以下では債務法改正後の重要判例を 2 つ取り上げたい。

##### (a) 債権者の給付利益の代替手段、債務者の帰責事由の不存在

(2)で指摘したように、比例性審査の判断基準として決定的な基準を有するのが「給付から得られる債権者の利益」である。この債権者の利益については、債権者が解除や代金減額などの他の手段により満足されうるか否かも考慮されるとの指摘がある。また(2)では債務者に帰責事由があるか否かという点も比例性審査にあたって考慮されていることが指摘されていた。このことを理解する際に参考となるのがいわゆる「ダックスフント事件」と呼ばれる判例である。この事例では、直接的には損害賠償請求権が問題となった事案であるが、傍論として BGB275 条 2 項の判断基準も触れられている。

#### 【判例 1】BGH2005.6.22 (BGHZ 163,234)

##### a 事案の概要

---

<sup>367</sup> 【CISG (国連動産売買条約) 79 条】

1 項「当事者の一方は、その義務の一つの不履行につき、その不履行が自己の支配を超えた障害によるものであることを証明し、かつ、その傷害を契約の締結時に考慮に入れること、あるいは、その傷害またはその結果を回避または克服することが自らに合理的に期待され得なかったということを証明したときには、その不履行につき責任を負わない。」

条文訳は、潮見佳男「国連動産売買条約における損害賠償責任の免責条項」同『契約責任の体系』(有斐閣、2000 年) 160 頁による。

<sup>368</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.185ff.; Andrea Fehre, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung: Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Duncker & Humblot, 2005, S.32ff, S.81.



買主 X は、売主 Y からダックスフントを購入した。犬の引渡しから 5 か月後、獣医の診断によって、遺伝を原因として、ダックスフントの子どもの後ろ足の関節に過度な O 脚をもたらす異常があることが分かった。そこで、買主は、その位置の異常を手術によって直すように Y に要求したところ、Y はこれを拒否した。その結果、X は 1000€ の金額である手術費用を自ら支払った。その位置の異常の手術による修正により、その犬が一年に 2 回獣医の検診を受けなければならないという結果が生じた。買主は、自ら支出した手術の費用及び今後の治療費用を請求したが、売主はこれを拒否した。

## b 判旨

BGH は、買主の損害賠償請求権を認めなかった。まず、本件では、犬の子どもの骨格の手術によって瑕疵の完全な除去が可能であったのではなく、むしろこの手術が検診をずっと必要な状態にさせた。そのため、売主は、BGB275 条 1 項に従って主たる契約上の給付義務からも免責され、また BGB439 条 1 項<sup>369</sup>に基づく売主の追完義務からも免責された。また買主による損害賠償請求権も認められない。なぜなら、売主が犬の子供の遺伝的な瑕疵につき責めに帰すべき事情がなかったからである。

その上で、BGH は、仮に本件において買主の追完請求権の行使によって瑕疵が部分的に除去される場合に関しても次のように判示した。売主は不能（BGB275 条 1 項）の観点で瑕疵除去義務から免れることができない。この場合には、売主が瑕疵の除去のために要求された措置が期待不可能であること（BGB439 条 4 項・BGB275 条 2 項及び 3 項<sup>370</sup>）を理由に拒絶しうるか否かが問題となる。もっとも、本件では、BGB439 条 4 項に基づき売主が買主により要求された瑕疵の除去を過大な負担を理由に拒絶しうるかどうかという判断を残したままにできる。なぜなら、瑕疵の除去は売主に期待不可能であろうからである。つまり、債務関係の内容及び信義誠実の原則の考慮の下で債務者の負担が債権者の給付利益と顕著な不均衡にある場合には、債務者は給付を拒絶しうるところ（BGB275 条 2 項）、本件ではこの要件が満たされている。同規定の期待可能性を判断する際には、債務者が給付障害につき責めに帰すべき事由を負っているかどうかということも考慮される。本件の全て事情の考慮の下では、犬の外見を治すことへの買主の利益と、買主が少なくと

---

<sup>369</sup> 【BGB439 条】（追完）

1 項「買主は、追完として、自己の選択に従い、瑕疵の除去または瑕疵のない物の交付を請求することができる。」

<sup>370</sup> BGB275 条 3 項の条文訳は、前掲注(129)を参照。

も一部のみの可能な瑕疵の除去を要求することによる売主の負担との間には顕著な不均衡が存在する。買主の利益は、本件の事情では、売買契約の解除あるいは売買代金の減額（BGB437 条 1 項 2 号<sup>371</sup>）を求めるその他の権利によって十分に保護された。そのため、買主により要求された瑕疵の除去が不能ではないものの売主にとって期待不可能である場合には、給付に代わる損害賠償を求める買主の損害賠償請求権も追完拒絶を理由に存在しない。

### c 小括

上記判決は、直接的には、犬の子どもの買主がその手術費用に関する損害賠償請求権を売主に求めた事案である。BGH は、売主に犬の身体的な瑕疵を手術によって治すことができず、当該瑕疵につき売主に帰責事由がなかったとして損害賠償請求権が認められないと判示した。それに加えて、BGH は傍論として、瑕疵を治すことができた場合であったとしても、売主は BGB275 条 2 項に基づき給付を拒絶しうるとした。この給付拒絶の判断に際しては、買主が解除や代金減額によってその利益を保護しうることや、売主には帰責事由がないことも考慮されると判示されている。

### (b) BGB275 条 2 項の位置づけについて

上記(3)では BGB275 条 2 項の位置づけについて不能とみる見解のほか、比例原則や同原則に遡る権利濫用の具体化といった指摘がみられた。同規定の位置づけを理解するにあたって学説により参照されているのが、物権的請求権の制限に関する判例である。

### 【判例 2】 BGH 2008.5.30 (NJW 2008, 3122)

#### a 事案の概要

A は、スーパーマーケットを営業するために建物を建築した。しかし、同建物が隣人 Y の所有地に越境した。そこで Y は、1973 年に延長期間つきで 20 年間、越境部分を A に賃貸した。A が有していた基本部分(Stammgrundstück)の土地は、その後分割された。越境部分の土地は売却され、新たな所有者 B も Y と賃貸借契約を締結した。1998 年、B は、越境建築及び Y との賃貸借契約を知らせずに越境部分を X に売却した。X は Y との

---

<sup>371</sup> BGB437 条 1 項 2 号の条文訳は、前掲注(270)を参照。

賃貸借契約の締結を拒んだことから、Yは万一のため契約を解約し、越境部分について利用されている土地の一部の返還の訴えを提起した。民事部は、その訴えを認めた。その後、Xは、Yの土地を利用するために月々100€を支払わなければならないことの確認の訴えを提起した。それに対し、Yは（反訴で）越境部分の除去による土地の明渡しを求めた。控訴審は、越境建築の除去によって約9万€の費用が生じること、スーパーマーケットの賃借人のさらなる不利益が予想されること、越境された土地の価格に基づいて見積もられる利益は19,360€にすぎないことからYの除去請求を拒絶した。Yが上告。

#### b 判旨

破棄差戻し。BGB275条2項は、契約、法律上の債務関係または一般的に法律上の義務に基づくか否かに関らず、全ての給付義務に適用される。このことは、債務法現代化法の意図であった。立法提案の理由書は、BGB275条2項の適用領域に関して物権法に基づく全ての給付請求権を指摘し、このような請求権の制限が従来 of BGB251条2項から得られるであろうと詳述する。そこでは第2節1【判例4】が明確に指摘されている。

本件では、Xは、妨害請求権の債務者として給付障害につき責めに帰すべき事由を負う。第1に、Xは所有権の取得時に、建物の一部がXの土地上に建てられていることを知らなかった。これに関する懈怠(Versäumnis)は、Xの責任範囲にある。第2に、Yと賃貸借契約を締結し、賃料を今後支払うことはXの自由かもしれない。しかし契約を締結しなかった結果、Xは経済的な不能を援用しようとする状況を自ら作り出した。このことは、BGB275条2項に基づく給付拒絶権を排除する結果をもたらす。

#### c 小括

BGB275条2項は債務法の規定であるところ、上記判決では、BGB1004条1項に基づく妨害排除請求権に対してBGB275条2項を援用しうる否かという点が争われた。この点に関して、BGHは、BGB275条2項は契約上の債務関係にかかわらず、全ての給付義務に適用されると判示した。その際には、債務法改正前において物権的妨害排除請求権をBGB251条2項、BGB旧633条2項3文に含まれている一般的な法思想から排除した第2節1【判例4】が論拠として示されている。なぜなら、その判例を基にして形成されたの

が BGB275 条 2 項だからである。上記判例の後に示された BGH の判例においても物権的妨害排除請求権に関して BGB275 条 2 項が適用されることが確認されている<sup>372</sup>。

学説では、BGB275 条 2 項が物権的妨害請求権にも妥当することには賛否がみられる。これを肯定する学説の中には、BGB275 条 2 項が不能というよりもむしろ権利濫用の思想を具現化した規範として位置づけられることを論拠としている見解がみられる<sup>373</sup>。このように BGB275 条 2 項の権利濫用としての位置づけは、その適用範囲にも影響を及ぼしていると指摘することができる。

## 2 買主の利益と売主の不利益との不均衡に基づく追完拒絶 (BGB439 条 4 項)

### (1) 追完請求権の内容

BGB439 条は、消費動産売買指令（以下、「指令」と略称<sup>374</sup>）を国内法化したものである。同条第 1 項は、指令第 3 条第 2 項第 1 文に基づき、瑕疵ある物を給付された買主に追完請求権<sup>375</sup>を認める。この追完請求権は、本来の履行請求権の修正として理解される<sup>376</sup>。

買主は、追完の方法として瑕疵の除去または代物給付を選択することができる。追完方法の選択権が買主に認められている理由は、指令 3 条 3 項 1 文<sup>377</sup>の考え方に基づく。すな

---

<sup>372</sup> BGH NJW 2008,3123.; BGH NJW 2010, 2341.; BGH IBR 2014,86.

<sup>373</sup> Stürner, Grenzen des privatrechtlichen Eigentumsschutzes, a.a.O.(Fn.363), S.360,367ff.; ders, Leistungserschwerungen bei negatorischen Ansprüchen, a.a.O.(Fn.363), S.167.; Sebastian Kolbe, NJW 2008, S.3618,3619.

<sup>374</sup> 正式名称は、「消費動産売買および消費動産のための保証の一定の観点に関する 1999 年 5 月 25 日のヨーロッパおよび理事会指令(Richtlinie 1999/44/EG)」である。

<sup>375</sup> ドイツ売買法における追完請求権の立法経緯及びその内容については、田中洋「売買における買主の追完請求権の基礎づけと内容確定——ドイツにおける売買法の現代化を手がかりとして(1)―(3・完)」神戸法学雑誌 60 巻 1 号 1 頁・60 巻 2 号 1 頁・60 巻 3=4 号 1 頁(2009 年～2010 年)に詳しい。

<sup>376</sup> Peter Huber, Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht, NJW 2002, S.1004,1005.; Tobias Tröger, Inhalt und Grenzen der Nacherfüllung, AcP212 (2012), S.296.履行請求権が瑕疵担保権へと変容する時点については、藤田寿夫「債権法改正案における瑕疵担保と債務不履行」法時 87 巻 8 号(2015 年) 97 頁以下が参考になる。

<sup>377</sup> 【EC 指令(消費動産売買指令) 3 条 3 項】

「まず、消費者は、売主に対し、消費動産の無償の修補または無償の代物給付を求めることができる。ただし、それが不能または不均衡であるときは、この限りでない。契約違反がなければ消費動産が有していたであろう価値を考慮して、契約違反の重大さ及び消費者の重大な不都合なしに他の追完方法が用いられないかを考慮したうえで、一方の追完が、他の追完可能性と比較して期待不可能となるであろう費用を売主に生じさせるであろうときは、その追完は不均衡であるとみなされる。修補または代物給付は、相当期間内

わち、買主は、瑕疵ある物を給付した売主の義務違反がなければ瑕疵のない物を入手していただくために、瑕疵なき物の給付という契約目的がいかなる方法で達成されるのかを買主に委ねることが正当であるという考え方である<sup>378</sup>。この追完請求権は、給付に代わる損害賠償、代金減額、解除といった二次的権利に優先する。つまり、これらの救済手段は、買主が売主のために相当な追完期間を設定し、それを徒過した場合に初めて行使することが可能となる<sup>379</sup>。

## (2) 売主の追完拒絶の比例性審査

追完が不能である場合、BGB275 条 1 項により追完請求権は排除される。また追完が可能であるときに、追完費用 (BGB439 条 2 項<sup>380</sup>) が売主 (特に非職業的売主または修理工場を持たない商人) に不相当な負担となりうる可能性がある。そこで、指令 3 条 3 項 1 文に定められていた売主の追完拒絶を売買法一般にも妥当させたのが BGB439 条 4 項である<sup>381</sup>。

### a 相対的不均衡性

---

で、かつ消費者にとって重大な不都合なく行わなければならない、その際、消費動産の種類及び消費者にとって消費動産を必要とする目的が考慮されなければならない」。

条文訳は、田中宏治「ドイツ新債務法における代物請求権の範囲——タイル事件」千葉大学法学論集第 27 巻第 2 号 (2012 年) 102 頁を参照した。

<sup>378</sup> BT-Drs.14/6040, S.231.売主の追完方法の選択権については、丸山愛博「売買目的物の瑕疵と代物請求・修補請求の選択権」法學新報 113 巻第 1・2 号 (2006 年) 531 頁以下に詳しい。

<sup>379</sup> P. Huber, a.a.O. (Fn.376), S.1005.

<sup>380</sup> 【BGB439 条】 (追完)

2 項「売主は、追完の目的のために必要な費用、特に輸送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。」

<sup>381</sup> BGB439 条 4 項に基づく追完義務の限界や判断基準を紹介・検討するものとして、今西康人「買主の追完請求権に対する制限について」関西大学法学論集 53 巻 4・5 号 (2004 年) 276 頁以下、半田吉信『ドイツ新債務法と民法改正』 (信山社、2009 年) 92 頁以下、原田剛『売買・請負における履行・追完義務』第 1 部「ドイツ民法における売主の追完義務の範囲」第 2 章「瑕疵ある物を給付した売主の追完義務の射程」 (成文堂、2017 年) 76 頁以下、168 頁以下〔初出 2013 年〕 (以下、『履行・追完義務』と略称する)、古谷貴之「ドイツ売買法における売主の瑕疵担保責任に関する一考察——債務法改正から 10 年を経て——」産大法学 47 巻 2 号 (2013 年) 96 頁以下、田畑・前掲注(349)1 頁以下などの有益な論稿がある。

BGB439 項 4 項（旧 3 項）1 文は、代物給付と瑕疵修補のうち買主によって選択された追完手段を売主が拒絶しうる旨を定める（相対的不均衡性）<sup>382</sup>。この不均衡性を判断する第 1 の基準は、瑕疵のない状態における物の価値である（第 2 文）。価値の低い日用品の修繕はしばしば不均衡な費用となるため、通常は代物給付のみが問題となる。そのほかの基準は、瑕疵の重大性及び追完の他の方法である。例えば、政府草案によると、洗濯機の瑕疵が一本のネジの簡単な交換によって除去されうる場合には、買主により要求された新しい洗濯機の交付は不均衡な負担を理由に売主が拒絶しうるであろうと解説される<sup>383</sup>。

売主は、買主によって選択された追完の方法を単に不均衡な費用がかかる場合に拒絶することができる。なぜなら、売主が買主によって選ばれた追完方法を拒絶した場合でも、追完請求権が他方の追完に制限されるにすぎず、買主の追完請求権全てが排除されるわけではないからである<sup>384</sup>。

この追完拒絶を判断する際には、判例<sup>385</sup>・通説<sup>386</sup>によれば、給付障害に対する売主の帰責事由の有無が考慮されると解される。つまり、売主が給付障害につき帰責事由がある場合には、帰責事由がない場合よりも追完拒絶のために必要な不均衡性の程度が高くなる。その理由は、立法者意思<sup>387</sup>によれば、BGB275 条 2 項が請負人の帰責事由を考慮していた BGB 旧 633 条 2 項 3 文（請負人の追完拒絶）を一般化したものであること、そして、

---

<sup>382</sup> Bitter/Miedt, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP2001, 2114.の名称による。

<sup>383</sup> BT-Drs.14/6040, S.232.

<sup>384</sup> Lars Ferenc Freytag, Grundstrukturen des Kaufvertrages-Auswirkungen der Schuldrechtmodernisierung auf die Pflichtenstellung des Verkäufers, Mohr Siebeck, 2007, Tübingen, S.277.

<sup>385</sup> BGHZ 200,350 Rn.45.; OLG Karlsruhe, ZGS 2004, 432, 434.

<sup>386</sup> Urs Peter Gruber, Die Nacherfüllung im neuen deutschen Kaufrecht-eine methodische und vergleichende Betrachtung zur Auslegung, Jb.J.ZivRwiss, Stuttgart, 2001, 196ff.; P. Huber, a.a.O. (Fn.376), S.1007.; U.Huber, a.a.O. (Fn.351), S.544.; Freytag, a.a.O. (Fn.384), S.139. これに対して、指令 3 条 3 項が帰責事由を考慮していないこと (Michael Jaensch, Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung, DAR 2014, 506, 509.)、相対的不均衡性では追完手段における費用の対比のみが問題となる (Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.199.)ことを理由に、売主の帰責事由を考慮しない見解もある。

この帰責事由の考慮と関係して、追完拒絶の不均衡性の程度につき一定の数値を定めるべき否かについても争いがある。この詳細については、Matusche-Beckmann, in: Staudinger Kommentar zum BGB Neubarb.2014, §439 Rn.115.; Florian Faust, in: Beck'scher-Online Kommentar BGB, Ed.25., Stand:1.3.2011. §439, Rn.47.田畑・前掲 (349)37 頁も参照。

<sup>387</sup> BT-Drs.14/6040, S.232.

BGB275 条 2 項の「一般的な法原則の具現化」であるのが BGB439 条 4 項と理解されていることに求められる。

#### b 絶対的不均衡性

最初から追完方法が一つしかない場合や、買主が選択した追完手段を売主が拒絶した場合に残った追完方法が売主に過大な負担となる場合、売主はただ一つの追完を拒絶しうるか。この絶対的不均衡性と呼ばれる追完拒絶については、2 つの問題が議論されている。第 1 にドイツ法と指令との関係、第 2 にドイツ国内法における規定相互の関係である。

##### (i) ドイツ法の指令適合性

BGB439 条 4 項 (旧 3 項) 3 文後段によれば、売主は絶対的不均衡性に基づき追完を拒絶しうる。これに対して、指令 3 条 3 項 (消費者用動産売買) ではこの追完拒絶を認めていない。そこで、両者の関係が問題となる。この問題は、以下の展開をみせている。

まず BGH2009 年判決<sup>388</sup>は、瑕疵ある床タイルを給付された買主の代物請求 (修補は不可能) に対する売主の追完拒絶の可否が争われた<sup>389</sup>。BGB439 条 4 項 3 文は、追完方法が一つしかない場合、または同条 1 文により売主による一方の追完方法が拒絶された場合に残された他方の追完方法についても売主の追完拒絶を認めているようにみうる<sup>390</sup>。他方で、BGB439 条 4 項の形成に際して考慮された指令第 3 条 3 項では、条文上、「相対的不均衡性」による拒絶しか認めていない。そこで、売主による絶対的不均衡性に基づく追完拒絶が指令 3 条 3 項と矛盾する可能性があるとして、EuGH (欧州司法裁判所) に事件の先決的判断が付託された。

2011 年 6 月 16 日 EuGH 裁定<sup>391</sup>は、指令 3 条 3 項 2 文の「不均衡」の概念を相対的不均衡性に限定していると判断した。その理由として、指令の第 11 の考慮理由があげられ

---

<sup>388</sup> NJW 2009, 1660.

<sup>389</sup> 事実の概要については、原田剛・前掲注(381)『履行・追完義務』76～83 頁が参考になる。

<sup>390</sup> 【BGB439 条】 (追完)

4 項 3 文「第 1 文の要件の下でも追完を拒絶するという売主の権利は、そのままである」。

<sup>391</sup> EuGH, Urt.v.16.6.2011-Case C65/09, C87/09, NJW 2011, 2260.

BGH2009 年判決及び EuGH2011 年裁定については、原田・前掲注(381)『履行・追完義務』86 頁以下、田中宏治・前掲注(377)97 頁以下、古谷・前掲注(381)98 頁以下が参考になる。

る<sup>392</sup>。それによると、「一方の救済が不均衡か否かは、客観的に確定されなければならない。他の期待不可能な費用を引き起こす救済は、期待不可能である。；期待不可能か否かという問題にこたえる際には、当該救済が他の救済に要する負担よりも明らかに高いか否かが重要とされるべき」とされる。またこの判断は、指令が両契約当事者の利益において、まず予定された二つの救済の一方を使用することで契約の解消または代金減額よりも契約の履行を優先させている事情に基づくとする。さらに、2つの二次的な手段によっては、契約に適合した状態の回復を通じた水準と同様の消費者保護水準が保障されないという事情からも考慮されている。EuGHは、このように指令3条3項を相対的不均衡性に限定し、売主の追完拒絶を否定した。その上で、EuGHは、瑕疵ある消費動産の取外し及び代物の取付けに関する消費者の費用賠償請求権が、消費者が契約に適合したならば有していたであろう価値及び契約違反の重大性に相当する相当な金額に縮減される可能性を示した。ただし、高い消費者保護水準を保護するための指令の目的に照らして、「この縮減の可能性によって消費者の権利を実際に空洞化させる結果をもたらしてはならない」<sup>393</sup>。この縮減がなされる場合、消費者は減額または契約解消の可能性が保障されなければならない、と判示した。

上記判決を承けて、BGH2011年12月21日判決<sup>394</sup>は、次のように判示した。すなわち、「BGB439条4項3文において売主に認められている（絶対的に）不均衡な負担を理由にただ一つ可能な除去の方法を拒絶するという権利は、指令3条と一致していない。これによって生じた法の欠缺は、法律上の新规定までは消費動産売買の事例についてはBGB439条4項の目的論的制限解釈を通じて埋められなければならない。この規定は、消費動産売買においては、追完の一つの方法のみが可能であるか、売主が追完の他の方法を正当に拒絶した場合には、売主の追完拒絶権が存在しないというように制限的に解釈されなければならない」。そして、「この場合において、不均衡な負担を理由に代物給付の方法での追完を拒絶する売主の権利は、買主に瑕疵ある売買目的物の取外し及び代物として交付された売買目的物の取付けに関して相当な金額での費用賠償を指示する権利に制限される。この金額の算定に際しては、瑕疵のない状態における目的物の価値及び瑕疵の重

---

<sup>392</sup> C 333/46 DE Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften 30.10.98, GEMEINSAMER STANDPUNKT (EG) Nr. 51/98, vom Rat festgelegt am 24. September 1998.

<sup>393</sup> EuGH, Urt.v.16.6.2011-Case C65/09, C87/09, NJW 2011, 2260.

<sup>394</sup> BGHZ 192, 148.Rn.33 原田・前掲注(381)『履行・追完義務』90頁以下、168頁以下を参照。



大性が考慮されなければならない。同時に、売主の費用賠償を制限することによって、取外し及び取付けの賠償を求める買主の権利が空洞化されることのないように保証されなければならない」とした。

その後、連邦司法省の参事官草案<sup>395</sup>（2012年9月19日）によって、BGHの判決を反映させたBGB474a条2項<sup>396</sup>が立案された。他方で、BGHの判決が現行法の基盤に関する効力を創りだしたために差し迫った立法の必要性がないこと、EuGHの基準をどのように転換するかを吟味する必要があるとの見解もみられた<sup>397</sup>。そのため、改正までには一定の時間を要したが、2016年3月11日に売買法及び建築請負契約法の連邦政府改正草案が提出された<sup>398</sup>。草案では、BGB439条3項<sup>399</sup>が新たに挿入された。また売主が絶対的不均衡性に基づく給付拒絶権が認められない一方で、買主の費用賠償請求権が相当な額に制限される旨が明らかにされた（法案475条4項<sup>400</sup>）。その後、2017年4月28日に法改正がなされ、2018年1月1日より施行されている。

<sup>395</sup> Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz 19.09.2012.

<sup>396</sup> 【参事官草案474a条2項】

BGB439条3項（補足注：旧規定）は、買主によって選択された追完が他の追完の方法と比較して不均衡な費用によってのみ可能であるときには、売主はBGB275条2項及び3項にかかわらず当該追完を拒絶することができるという基準によって適用されなければならない。この場合、買主の請求権は、他の追完の方法に制限される。追完の一つの方法がBGB275条に基づき不能であり、そして他の追完の方法が不均衡な費用によってのみ可能である場合には、売主は、買主の追完請求権を、意見の表明(Erklärung)を通じて追完費用の相当な部分の支払いに制限することができる。このことは、追完の両方法が不均衡な費用によってのみ可能である場合にも妥当する。買主は、第3文及び第4文の場合において、売主に追完費用の相当部分の前払金を請求することができる。

<sup>397</sup> BT-Drs.17/12440, S.9f. 最近の動向については、Jaensch, a.a.O. (Fn.386), S.511.; Klaus Bacher, Ersatzlieferung nach Einbau der mangelhaften Kaufsache, MDR 2014, 629, 633.

<sup>398</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der Kaufrechtlichen Mängelhaftung, Drucksache123/16.改正草案を紹介する論稿として、古谷貴之「ドイツ売買法における瑕疵責任の改正——2016年5月18日ドイツ連邦政府改正草案の紹介——」産大法学50巻3・4号（2017年）269頁以下を参照。

<sup>399</sup> 【BGB439条】（追完）

3項「買主が瑕疵ある物をその種類と使用目的に従い他の物に取り付けた場合(eingebauet oder angebracht)、売主は、追完の範囲で、買主に対し、瑕疵のある物の取外し及び、修補されたもしくは給付された瑕疵のない物の取付け(den Einbau oder das Anbringen)に要する費用を賠償する義務を負う BGB442条1項は、買主の認識に関して買主による瑕疵ある物の取付けが契約の締結にとって代わるという基準で適用されるべきである。」

<sup>400</sup> 【法案475条4項】

「追完のうち一方がBGB275条にもとづき排除されるか、は事業者がこれをBGB275条2項もしくは第3項またはBGB第439条4項1文にもとづき拒絶する場合、事業者は、追完のもう一方をBGB439条第4項第1文にもとづき費用の不当性を理由として拒絶しえない。追完のもう一方が費用の高額のため、BGB439条2項または3項1文に基づき

(ii) ドイツ国内法の規定の相互関係

消費動産売買の適用外では、売主は、追完に要する負担と買主の追完利益<sup>401</sup>との間に不均衡がある場合に追完を拒絶しうる。学説では、この BGB439 条 4 項による追完拒絶と、債務法総則の給付拒絶に関する BGB275 条 2 項との関係性が議論されている。

まず BGB439 条 4 項（絶対的不均衡性）の追完拒絶を判断する際に、BGB275 条 2 項と同様に給付障害への売主の帰責事由が考慮されるか否かが議論される。これについて一部批判はあるものの、判例・通説は肯定する<sup>402</sup>。その理由は、相対的不均衡性と同様に、BGB439 条 4 項が BGB275 条 2 項の一般的な法思想の具現化であることに求められる<sup>403</sup>。

また売主の追完拒絶に必要な不均衡性の程度については、条文通り、単なる不均衡で足りるとする見解がある。その理由として、買主の利益が瑕疵に基づく権利、つまり損害賠償や代金減額によって十分保護されることや<sup>404</sup>、売主の義務が過失とは無関係に生じることがあげられる<sup>405</sup>。これに対して、売買法の規定も BGB 旧 633 条 2 項 3 文に基づいており、債権者の完全な給付利益の確保に向けられていることや<sup>406</sup>、本来的給付義務と追完義

---

不相当である場合、事業者は、費用賠償を相当な額に制限しうる。この額の算定においては、とりわけ瑕疵なき状態における物の価値及び瑕疵の意義が顧慮されるべきである。」

<sup>401</sup> Konstantin Kirsten, Die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung im Kaufrecht, ZGS2005, 69.; Medicus/Lorenz, Schuldrecht II Besonderer Teil, 17. Neubarb. Aufl., 2014, §78 Rn.137.; BGH NJW 2005, 2852; OLG Celle ZGS 2006, 429.

<sup>402</sup> BT-Drs.14/6040, S.230, 232f.; Bitter/Meidt, Nacherfüllungsrecht und Nacherfüllungspflicht des Verkäufers im neuen Schuldrecht, ZIP2001, 2121.

<sup>403</sup> Gruber, a.a.O. (Fn.386), S.196f.; P.Huber, a.a.O. (Fn.376), S.1007. これに対して BGB439 条 3 項の文言を重視して売主の帰責事由は考慮されないなどの批判がなされる。Kirsten, a.a.O. (Fn.401), S.70.; Jaensch, a.a.O. (Fn.386), S.509.

<sup>404</sup> Nitze/Grädler, Das Verweigerungsrecht des Verkäufers wegen Unverhältnismäßigkeit gem.§439 Abs.3 BGB vor dem Hintergrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, GPR 2011, S.20,23.

<sup>405</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.19.

<sup>406</sup> Tobias Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag (以下では、Arbeitsteilung と略称する): Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S.342.

務で区別を設ける必要はないとして<sup>407</sup>、BGB439 条 4 項の不均衡性についても BGB275 条 2 項と同様に著しい不均衡が必要とする見解が主張されている<sup>408</sup>。

### (3) 売主の追完拒絶の正当化根拠

以上のように BGB439 条 4 項の給付拒絶については、相対的不均衡性や絶対的不均衡性双方において多様な議論が展開されている。それでは、そもそも売主の追完拒絶は、同規定によって正当化されるのか。

この点、まず立法者は、(2)a で言及したように、BGB439 条 4 項を BGB275 条 2 項の「一般的な法思想」が売買において特別に具現化された規定とみる。そして、Lorenz は、この立法者の見解に基づき、債務者の抗弁の性質は理論的には債務者に債務を超えた給付を課す「不能」と同視される要件が問題となるとする<sup>409</sup>。Kirsten もこの一般的な法思想が評価的には「不能」と同視しうる例外的な事例において債務者に給付拒絶を認めているところ、BGB439 条 4 項もこの思想を基礎においているとする<sup>410</sup>。

他方で、判例は、瑕疵ある不動産の交付を理由とする損害賠償請求に関する事案ではあるものの、「信義則」を根拠とする。すなわち、「瑕疵除去のために必要な費用が瑕疵のない状態における不動産の流通価値を超える場合には、除去費用は基本的には除去によって引き起こされる結果に対してもはや経済的に合理的な関係にない。そのような場合において、買主がその費用を売主に瑕疵除去の方法で負わせるならば」BGB251 条 2 項・439 条 4 項に特別に具現化されている「信義誠実の原則」に矛盾する、と判示する<sup>411</sup>。

立法者は、相対的不均衡性に関しては、BGB439 条 3 項を買主の選択権の濫用から売主を保護する規定とみる<sup>412</sup>。これに対して、Stürner は、買主が選択した追完から高い費用

---

<sup>407</sup> Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6.Aufl., 2012, §439, Rn.26.

<sup>408</sup> この不均衡性の程度と関連して絶対的不均衡性の場面においても一定の数値を定めるか否かが議論される。この議論については、Staudinger/Matusche-Beckmann, a.a.O. (Fn.386), Rn.115.を参照。

<sup>409</sup> Egon Lorenz, Karlsruher Forum 2005: Schuldrechtsmodernisierung; Erfahrungen seit dem 1. Januar 2002, S.120.

<sup>410</sup> Kirsten, a.a.O. (Fn.401), S.70.

<sup>411</sup> BGHZ 200,350, Rn.43 (2014 年 4 月 4 日判決)。同判決については、青野博之「追完費用が過分である場合における注文者及び買主の損害賠償請求——ドイツ請負法及び売買法——」駒沢法曹 12 号 (2016 年) 87 頁以下に詳しい紹介がある。

<sup>412</sup> BT-Drs.14/6040, S.231.; 立法者意思に賛同する見解として、jurisPK-BGB/Pammler, 7.Aufl.2014, §439 Rn.12.がある。

が生じるからといって直ちに権利濫用になるとは思われないとする。ただし、権利濫用とはならない場合にも「比例原則」が権利行使の統制として作用するという<sup>413</sup>。

「比例原則」に言及する見解として、第2章第3節1(1)hでみたSchubert<sup>414</sup>も指摘することができる。その見解は、比例原則を「権利の行使が様々な方法または内容で可能である場合には、債権者は基本的には債務者のできる限り最も少ない侵害で満足しなければならない」ことと定義する。その上で、債務者の給付義務はBGB275条2項・3項、BGB439条4項、BGB635条3項またはBGB242条（信義則）によって免責されるところ、これらの場面では、瑕疵修補や代物給付（追完）と解除や代金減額、損害賠償（法的救済）との関係が比例原則から理解されるという。すなわち、追完が原則的に法的救済より優先するところ、BGB439条4項に具体化されている比例原則によると、追完が売主に不均衡な負担となる場合には、債権者である買主は売主に損害の少ない手段で満足しなければならず、解除や損害賠償に比べて売主に不利益を生じる追完が認められないと捉えられる。

このように一般的な法思想、不能、信義則、権利濫用、比例原則といった様々な見解が示されているが、いずれの見解も通説的地位を占めるには至っていないとみられる。

### 3 注文者の利益と請負人の不利益との不均衡に基づく追完拒絶（BGB635条3項）

#### (1) 追完請求権の内容

BGB635条1項<sup>415</sup>は、瑕疵ある仕事の交付を受けた注文者に追完請求権を認める<sup>416</sup>。この追完請求権も履行請求権にほかならないと理解される<sup>417</sup>。この追完請求権に対して仕事を修補するかまたは新規に仕事を製作するかは、請負人が選択する<sup>418</sup>。請負人に選択権が帰属する理由は、売買契約と異なり請負人が製作過程に売主よりも密接に関わっているこ

<sup>413</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.408.

<sup>414</sup> MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), §242 Rn.450ff.

<sup>415</sup> 【BGB635条】（追完）

1項「注文者が追完を請求する場合には、請負人は、その選択に従って、瑕疵を除去するかまたは新たな仕事を製作することができる。」

<sup>416</sup> 追完請求権は、通常、製作物(Werk)の「引取」によってはじめて生じるとされる。

Thomas Raab, in: Dauner-Lieb, Langen (Hrsg.), AnwaltKommentar zum BGB Band2/2, §§ 611–853, 3. Aufl.2016, §635 Rn.7. ドイツにおける「引取」概念については、藤田寿夫「請負における瑕疵担保と債務不履行」香川法学 35 巻 4 号（2016 年）3 頁以下に詳しい。

<sup>417</sup> ErmanKomm/H.C.Schwenker, 14.Aufl.2014, §635, Rn.12.

<sup>418</sup> BT-Drs.14/6040, S.265.

と、請負人が豊富な専門的知識に基づき、修補か新規製作のいずれによって瑕疵が除去されうるのかを通常はより容易に決定しうるとの考慮に基づく<sup>419</sup>。追完が不能である場合には、BGB275 条 1 項が適用される。

## (2) 請負人の追完拒絶の比例性審査

追完に要する費用は、請負人が負担する (BGB635 条 2 項<sup>420</sup>)。修補と新規製作の両追完がともに不均衡な負担によってのみ可能である場合には、請負人は追完を拒絶することができる (BGB635 条 3 項)。同条項は売買と異なり抽象的な規定であるため、この追完拒絶の判断に際していかなる事情が考慮されるのかが議論されている。

まず、BGB635 条 3 項の追完拒絶を判断する際に注文者の利益及び請負人の帰責事由が考慮されるか否かが議論されている。これを肯定するのが学説の多数説とみうる。その理由は、BGB635 条 3 項が請負人の追完拒絶を定めていた BGB 旧 633 条 2 項 3 文を踏襲したものであり、一般的な比例性審査においては双方当事者の利益が広範に考慮されるからである<sup>421</sup>。下級審裁判例も、請負人の追完拒絶が「履行に必要な費用との関係における契約通りの履行への客観的な利益を顧慮して、全ての事情の考慮の下で信義誠実に対する違反を意味する場合のみ正当化される」とする<sup>422</sup>。そして、信義則に基づき要請される衡量においては請負人の帰責事由も考慮されるという。その結果、給付障害につき請負人に帰責事由がある場合には追完拒絶が認められるために要求される不均衡性の程度は高くなるが、故意や重過失がある請負人にも常に抗弁が禁じられるとは限らないとする<sup>423</sup>。これに対して、新法は旧法よりも給付拒絶権の範囲を拡張しており、両者が一致しないとみる見解がある。この見解によると、注文者の利益ではなく瑕疵のない状態における仕事の客観

---

<sup>419</sup> BT-Drs.14/6040, S.265.; Medicus/Lorenz, a.a.O. (Fn.401), §107.Rn.756.

<sup>420</sup> 【BGB635 条】 (追完)

2 項「請負人は、追完の目的のために必要な費用、特に輸送費、交通費、労務費及び材料費を負担しなければならない。」

<sup>421</sup> AnwK-BGB/Raab, a.a.O.(Fn.416), Rn.37ff.; Peters/Florian Jacoby, in: Staudinger Kommentar zum BGB Neubearb, 2013, §635 Rn.13.; Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.204ff.; jurisPK-BGB/Barbara Genius, 7.Aufl.2014, §635, Rn.25,28.; U.Huber, a.a.O. (Fn.351), S.545.

<sup>422</sup> OLG Köln, BeckRS 2010, 25906.

<sup>423</sup> IBR 2009,319.; IBR 2009,447ff.

的価値と追完費用との不均衡が比較され、請負人の帰責事由は追完拒絶を判断する際に考慮されないという<sup>424</sup>。

他の論点として、請負人の追完拒絶に必要な不均衡性の程度についても議論がある。まず一方の立場では、BGB635 条 3 項では BGB275 条 2 項よりも低い不均衡の程度で足りるとする<sup>425</sup>。その理由として、請負人の追完費用が製作費用をはるかに上回ることがあるため、期待可能性の観点から請負人の利益を顧慮する必要があること<sup>426</sup>、BGB635 条 3 項では注文者が代金減額請求を行使しうることが指摘される<sup>427</sup>。これに対し、他方の立場は、BGB635 条 3 項が「信義誠実を特別に具現化」したものであること<sup>428</sup>や、請負人の追完義務が容易に免責されるべきでないことを理由に<sup>429</sup>、同条項の適用を例外的な事例に限定する。

### (3) 請負人の追完拒絶の正当化根拠

BGB635 条 3 項では学説の関心は追完拒絶の判断基準にあるものの、この議論の中で追完拒絶の根拠に言及する見解も一部でみられる。

まず BGB635 条 3 項も、BGB275 条 2 項・3 項に含まれている「一般的な法思想」を請負契約において特別に具現化した規定と理解されている<sup>430</sup>。この法思想について、請負人の追完拒絶には「期待不可能性の思想」が貫徹していると理解する見解がある。その見解によれば、その思想の衡量の際には、注文者に有用な仕事が契約上約束されているため、請負人の追完拒絶に必要な不均衡性の程度にはより厳しい基準が妥当するという<sup>431</sup>。

また裁判例では、(2)で前述の通り、BGB635 条 3 項の追完拒絶が注文者の追完利益の結果と請負人の負担との関係が「信義則」に反する場合に正当化されている。学説でも裁判

---

<sup>424</sup> Christoph Teichmann, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002-Das neue Werkvertragsrecht, JuS 2002,417,420.; Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6.Aufl.,2012, Rn.38.; Jaensch, a.a.O. (Fn.386), S.509.

<sup>425</sup> Medicus/Lorenz, Schuldrecht, 17., Neubarb,2014.§107 Rn.758.; Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.204ff.裁判例(OLG München ,NJW-RR 2012,826,827f.)もこの立場だが、理由は述べていない。

<sup>426</sup> AnwK-BGB/Raab, a.a.O.(Fn.416), Rn.35f.; Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.204.

<sup>427</sup> Ax/Heiduk, Mängelansprüche nach VOB und BGB, Springer-Verlag, 2013, S.87.

<sup>428</sup> ErmanKomm/H.C.Schwenker, a.a.O. (Fn.417), Rn.16.

<sup>429</sup> Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse,3.Aufl., Springer 2007, §8 Rn.97; Staudinger/Peters/Jacoby, a.a.O. (Fn.421), Rn.12.

<sup>430</sup> jurisPK-BGB/Genius, a.a.O. (Fn.421), Rn.22.

<sup>431</sup> Staudinger/Peters/Jacoby, a.a.O. (Fn.421), Rn.12.

例の分析から BGB635 条 3 項を信義誠実の原則の発露(Ausfluss)と捉える見解など<sup>432</sup>、追完拒絶の根拠が信義則に求められているといえる。

#### 4 給付拒絶・追完拒絶の規定を統一的に検討する見解

これまで債務法改正後に新設ないし修正された給付拒絶の規定を個別的に概観した。一方、学説にはこれらの規定の意義や位置づけ・根拠を統一的に検討する見解もみられる。

まず Tröger によれば、BGB275 条 2 項、BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項の給付拒絶は、重要なリスク分配のための明確な拠り所が当事者の合意に見当たらない場合のみ意義を有するという。その際に、これらの規定は当事者の合意の不完全さを補充するという目的のみを追求するのであり、当事者の合意を侵害するものではないとする<sup>433</sup>。

続いて、Stürner は、上記の規定ではいずれも衡量が行われているところ、不能よりも不均衡性に基づく給付拒絶権としての位置づけが優先されるべきであると主張する<sup>434</sup>。この給付拒絶権とは、比例原則及び信義則の特質として理解されると指摘する<sup>435</sup>。

さらに、Schwarze<sup>436</sup>も追完義務を対象として比例原則に言及する。その見解によれば、代物給付義務や修繕義務については、「簡易」な不均衡性では給付義務が消滅してしまうことから、法は厳しい限界を設定しているとみる。その理由は、次のことによる。すなわち、追完義務では、BGB275 条 2 項のように本来的給付義務が債務者の当事者の自主的な義務(pribatautonom Verpflichten)に基づいているのではなく、他律的な(heteronomer)法律上の命令に基づくとする。たとえこれらの法律上の規定に当事者の意思が取り込まれていると考えたとしても、当事者が自律的に引き受けた給付義務への比例原則の「厳格な」適用は自己決定を破壊することになるであろうとする。そのため、比例原則の適用に反しない自己決定のより少ない形態が重要であるという<sup>437</sup>。さらに、この評価は損害賠償法にも連なるとみる。つまり、原状回復の費用も給付代替物の調達のために

---

<sup>432</sup> Mark Seibel, Welche Konsequenzen hat das bewusste Abweichen des Unternehmers von der Baubeschreibung für den Nacherfüllungsanspruch? ZfBR2009,S.731,732.他の見解として、ErmanKomm/H.C.Schwenker, a.a.O. (Fn.417), Rn.16.

<sup>433</sup> Tobias Tröger, Arbeitsteilung und Vertrag: Verantwortlichkeit für das Fehlverhalten Dritter in Vertragsbeziehungen, Mohr Siebeck, Tübingen 2012, S.323.

<sup>434</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.186.

<sup>435</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.403ff.

<sup>436</sup> Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §5 Rn.25.

<sup>437</sup> Schwarze, a.a.O. (Fn.340), §5 Rn.26, Fn.64.

請求された金銭賠償費用も比例性の限界によって削減される(beschniten)という。このことは、原状回復については BGB251 条 2 項 1 文から、代物給付または瑕疵除去に請求された金銭賠償については、BGB251 条 2 項 1 文の類推適用から生じる。その結果、法律上課せられた私人間の給付義務の比例原則による制限ははじめから考えられないようなものではない(nicht unzugänglich)という意味で一般化することができると主張する。

これらの見解に加えて、第 2 章第 3 節 1(1)k の Mansel の見解でも比例原則への言及がみられた。Mansel は、信義則の下で作用する比例原則に関して、軽微で権利者に害のない過失または瑕疵を利用するような権利追求が、広範囲に及ぶ法的効果となる場合に認められない旨を述べ、その具現化の一つとして BGB439 条 4 項 1 文をあげる。また、「一般的に権利の行使は、他方当事者の行動に対して不均衡な対応を意味するものであってはなら」ず、「比例原則及びそこから生じる過剰介入の禁止は、私法領域においても作用している」と主張する。そして、その法律上の具現化として BGB251 条 2 項、BGB275 条 2 項、BGB635 条 3 項をあげる。

以上の見解をみると、給付拒絶の各規定は、当事者の不明確な意思を補充する意義を有し、そして比例原則ないし信義則を具現化したものと位置づけられる。また追完義務についても当事者の自己決定と矛盾しない限りで比例原則による制限に服すると理解される。このように給付拒絶を統一的に考察する見解においても、給付拒絶の位置づけや根拠に関係して比例原則に言及されていることを看取することができる。

## 5 小括

本節では、債務法改正によって新設ないし改正された給付拒絶の規定のうち、BGB275 条 2 項（債権者の履行請求権に対する債務者の給付拒絶）、BGB439 条 4 項（買主の追完請求権に対する売主の追完拒絶）、BGB635 条 3 項（注文者の追完請求権に対する請負人の追完拒絶）に関する議論状況をみた、この議論状況に関して、まず給付拒絶・追完拒絶の可否に関して考慮される事由をまとめた上で、それらの正当化根拠や位置づけを整理する。

### (1) 給付拒絶・追完拒絶の可否に関する考慮事由について

まず第 3 節 1 でみた BGB275 条 2 項によれば、給付拒絶の判断において、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担との著しい不均衡が必要とされる。給付利益の判断に



際しては、債権者の利益が解除や代金減額の他の手段で満足しうるか否か（第3節1(4)

【判例1】）も考慮される。給付拒絶が認められるためには著しい不均衡が要求されるため、通説によればBGB275条2項は私的自治の原則を強固にする規定と捉えられる。また給付拒絶が認められるか否かを判断するにあたっては、給付障害に関する債務者の帰責事由の有無も考慮される（第3節1(4)【判例2】）。

次に、第3節2では、BGB439条4項の議論状況を整理した。同規定は、条文上、売主には代替給付と瑕疵修補の一方の方法の追完拒絶が認められている（相対的不均衡性）。他方で、BGB439条4項では、売主が当初から一つしかない追完方法や一方の追完方法を拒絶した場合に残った他方の追完方法を拒絶しうるかが議論の中心となっていた（絶対的不均衡性）。この問題に関して、EuGHは、売主には絶対的不均衡性に基づく追完拒絶が認められないものの、買主の費用賠償請求権を相当な額に縮減する可能性は排除されないと判示した。EuGHの裁定を承けて、BGHは判決を修正し、法改正がなされるに至った。

そして、第3節3でみたBGB635条3項では、請負人の追完拒絶の判断基準が議論されている。その基準とは、判例及び多数説によると、注文者の契約通りの履行利益と請負人の追完費用との関係である。またBGB275条2項との関係性を踏まえて、請負人の帰責事由が考慮されるか否かに関して議論がなされていた。

第3節4では、給付拒絶の判断基準を確定するにあたり、BGB275条2項とBGB439条4項・BGB635条3項の規定が当事者間の不明確な合意を補充する意義を有していること、これらの給付拒絶の規定に関して不能よりも比例原則及び信義則を具現化したものとみる見解が主張されていることを確認した（3節4のSchwarze, Stürner）。

## （2）給付拒絶・追完拒絶の位置づけと正当化根拠

続いて、上記の給付拒絶・追完拒絶の位置づけや正当化根拠に関する議論を整理する。

まず、判例・通説によれば、BGB275条2項は、BGB251条2項・BGB旧633条2項3文に含まれていた「一般的な法思想」を具現化したものと理解される。つまり、給付から得られる債権者の利益に比べて給付に伴う債務者の不利益が過大と評価される場合は、債権者による履行請求権や妨害排除請求権の行使が信義則への違反ないし権利濫用となるために制限される（第2節参照）。このBGB275条2項の「一般的な法思想」を売買に

において特別に具現化した規定が BGB439 条 4 項、請負において具現化した規定が BGB635 条 3 項である。

給付拒絶の正当化根拠に関しては、この債務法改正前の判例を考慮して、BGB275 条 2 項や BGB439 条 4 項では、給付を「不能」と評価しうる例外的な事例において給付拒絶を認める見解がある（第 3 節 1(1)Canaris、2(3)Lorenz, Kirsten）。

他方で、BGB275 条 2 項・BGB439 条 3 項・BGB635 条 3 項のいずれの場面においても「信義則」や「権利濫用」を根拠とする多くの見解がみられた。例えば、BGB439 条 3 項の正当化根拠に関しては、相対的不均衡性について、買主の濫用から売主を保護するために追完拒絶が正当化されるとする見解（第 3 節 2(3)立法者の見解）がある。同じく BGB439 条 4 項に関連する損害賠償請求権の判例では、「信義則」が根拠とされていた。さらに、BGB635 条 3 項では「信義則」に違反する場合に追完拒絶が正当化されるとする見解や（第 3 節 3(2)及び(3)）、「期待不可能性の思想」に言及する見解もある（第 3 節 3(3)）。

このように不能や信義則、権利濫用を指摘する見解とともに、「比例原則」に言及する見解も随所にみることができた。具体的には、BGB275 条 2 項を不能であると同時に、「比例原則に遡る権利濫用の思想を具体化」した規定と捉える見解がある（第 3 節 1(3)Canaris ら）。これに対し、同規定を不能ではなく、比例原則ないし権利濫用・信義則として位置づける見解もみられる（第 3 節(3)Stürner ら）。BGB275 条 2 項の適用範囲が物権の妨害排除請求権にも及んでいること（第 3 節 1(4)【判例 2】）は、後者の見解を補強するものとみられる。また BGB439 条 3 項の相対的不均衡性についても、同場面では権利濫用ではないものの比例原則が作用するとみる見解が主張されていた（第 3 節 2(3)Stürner）。さらに、比例原則を「権利の行使が様々な方法で可能である場合に、基本的には債務者を最も侵害しない手段」を要請する原則と理解して、その具体例として BGB439 条 4 項を指摘する見解がある（第 3 節 2(3)Schubert）。これに加えて、給付拒絶の規定を統一的に「比例原則ないし信義則の具現化」とみる見解（第 3 節 4 Stürner、Mansel）や「比例原則」の法律上の追完義務に関して比例原則と矛盾しない限りでの自己決定が重要とする主張もみられた（第 3 節 4 Schwarze）。

もっとも、この比例原則の意義は、権利濫用の領域ではほとんど明らかでないと指摘される（第 2 節 3）。また比例原則と信義則との関係性も不明確であった。そこで、次節で

は比例原則の一般理論を踏まえて、給付拒絶・追完拒絶において比例原則がいかなる機能を有するのかについて検討していく。

#### 第4節 給付拒絶における不均衡性・代替手段の考慮

第2節および第3節の議論をみると、債務者の給付拒絶・追完拒絶の正当化根拠、判断基準、位置づけに関して「比例原則」への言及がなされていることを確認することができた。ただし、比例原則それ自体については詳細に述べられておらず、また学説を仔細にみると、比例原則概念の理解に相違がみられるように思われる。そこで、本節では、第2章第3節および第4節の比例原則の一般理論と給付拒絶における同原則との関係性を検討していきたい。

##### 1 債権者の給付・追完利益と給付・追完に要する債務者の負担との不均衡性

まず本章で中心的に検討した BGB275 条 2 項では、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担との間に著しい不均衡がある場合には、債務者は給付を拒絶することができる。そして、BGB275 条 2 項の「一般的な法思想」が売買契約、請負契約において具現化し、BGB439 条 4 項、BGB635 条 3 項においても買主や注文者の追完利益とそれに対する売主・請負人の負担との対比から追完拒絶の可否が決められていた。

このような債権者の利益と債務者の不利益との衡量は、「比例原則」の視点からどのように分析することができるだろうか。本章の給付拒絶の議論は比例原則自体に焦点があてたものではないため、同原則の内容は詳細に述べられていない。そこで、第2章第3節及び第4節の議論の検討を踏まえて検討する。

第2章第4節の整理によると、民法、特に契約法領域では、比例原則を構成する個別原則の中の「必要性の原則」及び「均衡性の原則」が妥当しうるか否かが問題となる。前者の必要性の原則は、目的を達成する中で必要最小限度の手段、つまり相手方を最も侵害しない手段であることあるいはより緩やかな手段を求める原則であると解される。他方で、後者の均衡性の原則は、その意義につき見解の相違がみられるものの、当事者間の利益が対立した場合の衡量手段であると解されているとみうる。したがって、債権者の利益と債務者の不利益との衡量で問題となる比例原則とは、「均衡性の原則」である。それでは、均衡性の原則とは何か。この意義の捉え方は、大別すると2つに分けられる。

第2章第4節2(1)によると、均衡性の原則について、それ自体が内容を有さず、利益や法益、財貨を比べるという形式的な利益衡量の手段であると捉える立場がある（Ⅰ）。他方で、均衡性の原則を衡量としての意味だけではなく、義務違反・過失とそれに対する法的効果、目的と手段との間が不相当であってはならないという意味をも含むものとして捉える立場もみられる（Ⅱ）。それでは、これらの立場と、給付拒絶の場面における均衡性の原則とはいかなる関係にあるのか。

Ⅰの立場によると、均衡性の原則とは、債権者の利益と債務者の不利益とを比べるという衡量手段としての意味を有する。この立場の中で第2章第3節1(1)bのStürnerやcのHaßfurterの見解では、均衡性の原則の意味での比例原則が信義則の下で作用するとみる。その見解によれば、信義則は、相手方に十分に配慮した行動を行うという「双方当事者への配慮の要請」を内容とする。この要請に基づき、信義則は債権者の利益と債務者の不利益を衡量し、例外的に債権者の権利行使を制限する。その結果、利益調整手段としての均衡性の原則は、信義則による権利行使の制限機能の下に位置づけられる。それゆえ、Stürnerの見解（本章第3節1(3)・2(3)・4）は、BGB275条2項・BGB439条4項・BGB635条3項を比例原則（均衡性の原則）ないし信義則の具現化として位置づけているとみることができる。

Ⅱの立場によると、債権者の利益と債務者の不利益との衡量だけでなく、給付拒絶を正当化する根拠に関わるとみられる。第2章第2節1bのCanarisは、「必要性や均衡性の原則を通じて具体化された過剰介入の禁止は、私人の法的権能の一方的な行使を規律し、コントロールするための最も重要な手段である」とみる。そして、この理解に基づいて、Canarisは、本章第2節3及び第3節1(3)において、BGB275条2項を「比例原則に遡る権利濫用の禁止の具体化」と主張しているとみられる。また第3節4のSchwarzeの見解では、当事者が自律的に引き受けた給付義務への比例原則の「厳格な」適用は自己決定を破壊する結果をもたらすと主張しており、この見解では均衡性の原則を衡量だけでなく、権利行使の制限機能を持つものと捉えているようにみえる。さらに、3節4のManselも「一般的に権利の行使は、他方当事者の行動に対して不均衡な対応を意味するものであってはなら」という意味として比例原則（均衡性の原則）を理解する。このように、Ⅱの立場では、均衡性の原則を「債権者の利益と債務者の不利益を衡量し、その間に不均衡があってはならない」という意義として捉えているようにみることができる。

それでは、このような均衡性の原則は、給付拒絶においていかなる機能を有するのか。この点、本章第2節3でみたように、Canarisは権利濫用の領域における比例原則の意義はほとんど明らかでないと述べており、意義に加えてその機能にも明確でない部分は残されている。ただし、本章の検討によれば、次のように理解することができるのではないかと考える。

まず、債務者の給付拒絶・追完拒絶に関する規定は債務法改正によって新設されたところ、改正前は請負人の追完拒絶などの特定の場面しか規定が存在しない状況にあった。このような法の欠缺の場合、裁判官は、信義則ないし権利濫用によって判断せざるを得ない。ここでいう信義則とは、Iの立場で指摘されているように「権利者であっても相手方に配慮した行動をとらねばならない」という要請であると考えられる。それでは、債権者の権利行使がいかなる場合に債務者に対する配慮義務に違反したと評価されるのか。この点で明確な判断基準がないところ、配慮義務違反の判断を明確にするために、「債権者の利益と債務者の不利益との間に不均衡があってはならない」という均衡性の原則に基づいて給付拒絶の可否が判断された、と考えられる。このようにみたときには、均衡性の原則とは、債権者の権利行使が債務者に対する配慮義務に違反するかどうかを明確化させるための機能を有していると考えることができる。そして、債務法改正前において債権者の利益と債務者の不利益との不均衡に対して信義則や権利濫用を根拠として給付拒絶を正当化していた判例（「一般的な法思想」）が影響した結果、給付拒絶の規定の形成へと至ったとみることができる。したがって、「均衡性の原則」とは、一般条項を明確化し、その結果、規範形成にも影響を与える機能も有することを指摘することができる。

## 2 債権者の給付利益を確保する代替手段の考慮

給付拒絶において「比例原則」に言及する見解が多くみられるところ、上記1で指摘した通り、この比例原則の意味として一般的に理解されているのは「均衡性の原則」であるとみられる。他方で、給付拒絶の場面では、比例原則の個別原則である「必要性の原則」（第2章第3節及び4節によれば、「目的を達成するために必要最小限度の手段あるいは相手方をより侵害しない手段であることを要請する原則」）に関して明示する見解はみられない。ただし、本章の議論においては、給付拒絶の可否を判断するに際して、債権者の利益を確保する代替手段の存在について述べている見解もみられた。

まず、本章第2節の債務法改正前の【判例4】においては、債権者の権利行使が要求された「不均衡で合理的には期待不可能な費用の下でのみその請求に応じうるであろう場合には権利濫用となりうる」こと、この請求権が信義則に反することを理由に排除される理由として、債権者の利益が損害賠償請求によって満足を得られることが考慮されていた。また債務法改正後のBGB275条2項の比例性審査に関する議論においても、債権者の利益が「解除や代金減額などの他の手段により満足されうるか否か」という事情も考慮されている（第3節1(2)・(4)【判例1】）。さらに、第3節2(3)のSchubertの見解では、BGB439条4項の追完拒絶に関して、「権利の行使が様々な方法または内容で可能である場合には、債権者は基本的には債務者にできる限り最も少ない侵害で満足しなければならない」とことと定義し、瑕疵修補や代物給付（追完）と解除や代金減額、損害賠償（法的救済）との関係が比例原則から理解されるという。この見解を敷衍すると、買主は原則として追完請求権を行使しうるもの、追完が売主に不均衡な負担となる場合には債権者である買主は売主に損害の少ない手段で満足しなければならず、解除や損害賠償に比べて売主にも不利益を生じる追完請求権が認められない結果、売主の追完拒絶が正当化されているとみうる。これらの見解に加えて、請負契約もBGB635条3項の不均衡性の程度を判断する際に、注文者が代金減額により利益を満足しうることを考慮する見解もみられた（第3節3(2)）。

これらの見解では、一方では債権者の利益を同様に満足させ、他方では債務者にとって不利益の少ない代替手段の存在が考慮されている。このことは、明示はされていないものの、比例原則の一般理論を踏まえると、「必要性の原則」が考慮されているとみることができる。例えば、Schubertの見解では、「債務者にできる限り最も少ない侵害」という表現がみられるところ、これは目的を達するために必要最小限の手段でなければならないという意味での「必要性の原則」を意味していると思われる。

それでは、なぜこのような代替手段が考慮されうるのか。この点、第2章第3節及び第4節の比例原則の一般理論を踏まえると、必要性の原則の根拠としては、大別すると、信義則に基づく配慮義務（信義則、忠実義務）とする見解と、一方当事者が他方当事者に対して優越的な地位にある状況を重視する見解がみられる。給付拒絶では、両当事者間が対等な地位であることを前提にしており、また形成権の行使のように他方当事者の意思とは関係なく一方当事者が権利を行使している状況にはない。したがって、代替手段が考慮される理由としては、信義則に基づく配慮義務に求められるのではないだろうか。つまり、

債権者であっても債務者に配慮した行動をとらねばならず、債務者に不利益の少ない代替手段の存在が考慮される。必要性の原則からは、債権者が債務者に不利益の少ない代替手段で利益を満足しうるにもかかわらず、債権者が債務者に過大な不利益を与える履行請求・追完請求権を行使することは認められない、との帰結が導かれていると考えることができる。

## 第5章 軽微な義務違反に基づく解除権の制限

### 第1節 緒論

ドイツでは、債務者によって契約に適合しない給付がなされた場合、債権者には各種の救済手段が認められる。すなわち、本章第2節及び第3節で詳しくみるように、契約の中心をなす売買契約を例にあげると、買主には本来的請求権として追完請求権が、二次的請求権として追完に代わる損害賠償請求権、代金減額請求権、解除権が認められる。本章では、これらの救済手段のうち、軽微な義務違反における解除権の制限を定める BGB323 条 5 項 2 文<sup>438</sup>の議論状況をみていきたい。その理由は、第2章第3節においては、同規定を比例原則の具体例としてあげる多くの見解がみられたからである。具体的には、第2章第3節 1(1)h・i・j・k・l・の見解では、BGB323 条 5 項 2 文を比例原則の具体例としてあげるほか、第2章第3節 2 の見解でも比例原則の適用場面として解除に代表される形成権をあげる。また第2章第3節 3(1)a・b の見解でも同規定が比例原則の典型的場面として指摘されていた。もっとも、BGB323 条 5 項 2 文における比例原則の詳細は明確には述べられてはいなかった。そこで、本章では、契約終了過程の一場面として、契約の解除権の制限において比例原則がどのように作用しうるのかについて検討していきたい。

検討の順序は、次の通りである。BGB323 条 5 項 2 文は債務法改正によって新設された規定であるところ、その詳しい学説や判例の議論状況をみる前に、まず第2節では、同規定の立法過程についてみていきたい。結論をやや先取りすると、この BGB323 条 5 項 2 文の立法過程をみることによって、その形成に際して「比例原則」が考慮されていたことを指摘することができる。次に、第3節では、BGB323 条 5 項 2 文の学説や判例において比例原則がどのように考慮されているのかについて詳しくみていく。そして、第4節では、第3節までの議論状況を整理した上で、第2章第3節及び第4節の比例原則の一般理論と解除権における同原則がいかなる関係に立つのかを検討していく。

---

<sup>438</sup> BGB323 条 5 項の条文訳は、前掲注(135)を参照。



## 第2節 ドイツ民法典 323 条 5 項 2 文の立法過程

本節では、軽微な義務違反において解除権を排除する BGB323 条 5 項 2 文の立法過程を確認する。まず 1 ではドイツの解除に関する規律をごく簡単にみた上で、2 以降では同規定の立法過程をみていく。

### 1 現行ドイツ法における解除の概要<sup>439</sup>

#### (1) 解除に関する規定の概略

ドイツでは、債務法の現代化に関する法律が 2001 年 11 月 26 日に成立、翌年 1 月 8 日に公布された。同法では、BGB323 条以下において双務契約に関する解除が規律されている。まず、BGB323 条 1 項は催告解除を原則とすることを定め<sup>440</sup>、同条 2 項は例外的に無催告解除が認められる要件を規律する<sup>441</sup>。次に、BGB324 条は、BGB241 条 2 項<sup>442</sup>に基づく義務（他方当事者の権利・法益・利益を顧慮する義務）に違反があり、債権者の契約への固執が期待できないときに契約を解除できるとする<sup>443</sup>。BGB325 条は、双務契約において損害賠償を請求する権利が解除によって排除されないことを示す<sup>444</sup>。これは、解除と損害賠償を択一的な制度としていた債務法改正前の法状況からの転換を図ったものである。

---

<sup>439</sup> 松井和彦「法定解除権の正当化根拠と催告解除(1)」阪大法学 61 巻 1 号（2011 年）75～78 頁以下を参照。

<sup>440</sup> 【BGB323 条】（給付が行われないことまたは給付が契約に従って行われないことによる解除）

1 項「双務契約において、債務者が履行期にある給付をなさず、または契約に従った給付をなさない場合に、債権者は、相当の期間を定めて給付または追完を催告しても効果がなかったときには、契約を解除することができる。」

<sup>441</sup> BGB323 条 2 項の条文訳は、前掲注(132)及び後述の本文(2)を参照。

<sup>442</sup> 【BGB241 条】（債務関係から生じる義務）

1 項「債務関係の効力により、債権者は、債務者の給付を請求する権利を有する。給付は、不作為の形態でも成立することができる。」

2 項「債務関係は、その内容により、他方の当事者の権利、法益及び利益を顧慮することを、いずれの当事者にも義務づけることができる。」

<sup>443</sup> 【BGB324 条】（BGB241 条 2 項に規定する義務の違反による解除）

「双務契約の債務者が、BGB241 条 2 項に規定する義務に違反した場合において、債権者を契約に拘束することがもはや期待不可能であるときは、債権者は、契約を解除することができる。」

<sup>444</sup> 【BGB325 条】（損害賠償及び解除）

「双務契約において損害賠償を請求する権利は、契約の解除によって排除されることはない。」

BGB326 条 5 項は、不能により給付義務が排除された場合において、債権者が期間の設定を要することなく BGB323 条に基づき解除を請求できる旨を示す<sup>445</sup>。

## (2) BGB323 条による解除の概観

続いて本稿の議論の対象となる BGB323 条及びその準用規定の内容をもう少しみておく。

まず BGB323 条 1 項は、催告解除が原則であることを明らかにする。

「双務契約において、債務者が履行期にある給付をなさず、または契約に従った給付をなさない場合に、債権者は、相当の期間を定めて給付または追完を催告しても効果がなかったときには、契約を解除することができる」。

次に、同条 2 項各号では、無催告解除が認められる場合が列举されている<sup>446</sup>。

「1 号 債務者が給付を真剣に(ernsthaft)かつ終局的に拒絶したとき

2 号 期日通りの給付または期間に適合した給付が、契約締結前の債務者への債権者の報告又は契約の締結に他に付加する事情に基づき債権者にとって重大であるにもかかわらず、債務者が契約で定めた期日または期間内に給付をしないとき

3 号 契約に適合しない給付の場合に、双方の利益の衡量の下で即時の解除を正当化する特別な事情が存在するとき（以下略）」。

BGB323 条は、売買契約及び請負契約に準用される。売買契約に関しては BGB437 条 1 項 2 号が、物に瑕疵があった場合には別段の定めがない限りで、BGB440 条・BGB323 条及び BGB326 条 5 号に基づき契約を解除するかまたは BGB441 条<sup>447</sup>に基づき売買代金の

---

<sup>445</sup> 【BGB326 条】（給付義務の排除の場合の反対給付からの免責及び解除）

5 項「BGB275 条 1 項ないし 3 項に基づき債務者が給付をする必要がない場合、債権者は解除をすることができる。；解除には BGB323 条が期間の設定が不要であるという基準を伴って準用される。」

<sup>446</sup> 2 号及び 3 号は、債務法改正以後、2014 年 6 月 13 日に改正された。

<sup>447</sup> 【BGB441 条】（代金減額）

1 項「買主は、契約の解除に代えて、売主に対する意思表示により、売買代金を減額することができる。BGB323 条 5 項 2 文の排除理由は、適用しない。」

2 項「買主または売主の側において複数の者が当事者となっているときは、代金減額は、全ての者からまたは全ての者に対する意思表示で行わなければならない。」

3 項「代金減額に当たっては、契約締結の当時において、瑕疵のない状態の物の価値が、実際の価値に対して有したこととなる比率に従って、売買代金を減額しなければならない。代金減額は、必要なときは、査定により、算出しなければならない。」

4 項「買主が減額された売買代金を超えて代金を支払ったときは、超過額は、売主が償還しなければならない。この場合には、BGB346 条 1 項及び BGB347 条 1 項の規定を準用する。」

減額を請求できる旨を定める。このとき買主は、追完（BGB437 条 1 項 1 号）や損害賠償及び無駄になった費用の賠償を請求しうる（同条 1 項 3 号）。請負契約に関しては、BGB634 条 1 項 3 号が仕事に瑕疵があった場合に、別段の定めがない限りで、注文者が BGB636 条・BGB323 条及び BGB326 条 5 号に基づき契約を解除するかまたは BGB638 条に基づき報酬を減額できる旨を定める。このとき注文者は追完請求権を有し（BGB634 条 1 項 1 号）、瑕疵を自ら除去し、かつ必要な費用の賠償を請求しうるほか（同条 1 項 2 号）、損害賠償または無駄になった費用の賠償を請求しうる（同条 1 項 4 号）。

一方、BGB323 条 5 項 2 文によると、「債務者が契約に従って給付をなさない場合において、義務違反が軽微なときは、債権者は、契約を解除することができない」。

次に、この軽微な義務違反における解除権の制限に関する規定の立法過程をみていく。

## 2 BGB323 条 5 項 2 文の立法過程

### (1) 債務法改正前の規定の概要<sup>448</sup>

債務法改正前の規定によると、双務契約において給付義務が一方当事者の責めに帰すべき事由により履行不能となった場合、他方当事者は損害賠償または契約の解除を請求することができた（BGB 旧 325 条 1 項）。履行遅滞に際しては、他方当事者は、相当の期間を定め、同期間の経過後は給付の受領を拒むことを明らかにしうることを、給付が適時に行われないときは相当期間経過後に、不履行に基づく損害賠償を請求するか、または契約を解除することができた（BGB 旧 326 条 1 項）。

次に、契約法各則の解除をみる。売買契約では、権利の瑕疵について、売主は買主に対して BGB 旧 433 条 1 項 2 文及び BGB 旧 434 条に基づき権利の瑕疵のない物を引き渡す義務を負う。売主がこの義務に違反したときには、BGB 旧 440 条に基づき、買主は BGB 旧 325 条・326 条の要件の下で相当の期間を経た上で契約を解除することができた。物の瑕疵については「物の売主は、買主に対し、危険が買主に移転した時に、物にその価値または通常の使用もしくは契約によって予定された使用に対する適性を消滅または減少させる欠点がないことについて、責めに任ずる」<sup>449</sup>（BGB 旧 459 条 1 項 1 文）。この瑕疵があった場合、買主は、BGB 旧 462 条<sup>450</sup>に基づき売買契約の解除(Wandelung)または売買代金の減額

<sup>448</sup> 遠山純弘「ドイツ法における催告解除と契約の清算(2)」法学研究 46 巻 2 号（2010 年）394～398 頁、松井・前掲注(439)78～81 頁を参照。

<sup>449</sup> 右近編・前掲注(11)46 頁〔今西康人訳〕を引用。

<sup>450</sup> 【BGB 旧 462 条】（解除、減額）

を請求することができた。ここでは、買主は解除のために相当の期間の設定が要求されていなかった。ただし、「価値または適性の軽微な減少は考慮しない」とされ（BGB 旧 459 条 1 項 2 文）、物の瑕疵が軽微であるときには、買主は解除だけでなく、追完請求も代金減額請求も認められなかった。同規定は、「極めて些細なことには裁判官は配慮しない」(minima non curat praetor<sup>451</sup>)というローマ法の法諺に由来するものとされる<sup>452</sup>。

請負契約では、「請負人は、仕事が保証された性質を有し、かつ、その価値または通常の使用もしくは契約によって予定された使用に対する適性を消滅または減少させる欠点のないように、仕事を完成させる義務を負う<sup>453</sup>」（BGB 旧 633 条 1 項）。この義務違反があった場合、注文者は、請負人に対し瑕疵の除去のために相当期間を定め、その期間の経過後に瑕疵の除去を拒絶する旨の表示をすること（BGB 旧 634 条 1 項）、適時に瑕疵の除去がないときには契約の解除または報酬の減額を請求することができた。ただし、「瑕疵による仕事の価値または適性の減少が軽微なとき」は、注文者による解除の請求が排除された（BGB 旧 634 条 3 項）。このような請求は、シカーネの禁止にあたると考えられたからである<sup>454</sup>。

続いて、現行法が形成されるに至った過程を時系列に沿ってみていく。

## (2) 立法過程の議論——委員会草案までの概要

旧法が変容される端緒となったのは、Huber の鑑定意見書である。その見解は、すでに先行研究により詳細に紹介がなされているので<sup>455</sup>、ここでは要点のみをみておく。

Huber の意見書によると、旧法とは異なり、解除の要件として債務者の帰責事由が不要とされた。このことから、解除の目的が債権者を契約の拘束力から解放することに純化されたとみられる。また Huber は、契約解除の統一的要件として「重大な契約違反」を定立するとともに、解除には原則として付加期間の設定を要するとした。この規定案の下では、債務者が付加期間を経過しても給付が実現されない場合には「重大な契約違反」となり、債権者の契約関係からの離脱が正当化されることになった<sup>456</sup>。

---

「買主は、BGB459 条及び BGB460 条の規定により売主が責任を負うべき瑕疵に基づき、売買の解消または売買代金の引下げを請求することができる。」

<sup>451</sup> 柴田光蔵『法律ラテン語格言辞典』（玄文社、1985 年）148 頁。

<sup>452</sup> Heinrich Honsell in: Staudinger Kommentar zum BGB, §459, 1995, Rn.59.

<sup>453</sup> 旧 633 条の訳は、右近・前掲注(11)412 頁〔青野博之訳〕を引用。

<sup>454</sup> Frank Peters, in: Staudinger Kommentar zum BGB, §634, 2000, Rn.34.

<sup>455</sup> 松井・前掲注(439)85～91 頁。

<sup>456</sup> Ulrich Huber, Leistungsstörungen, (Hrsg.), Bundesminister der Justiz, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrecht, Bd.I.1981, S.702, 753.

1992年にドイツ連邦司法省は、Huberの鑑定意見を踏まえて「債務法改正委員会の最終報告書」(Kommissionsentwurf、以下「KE」と称する)を刊行した。同報告書では、損害賠償や双務契約における解除の要件が統一的に「義務違反」概念に結び付けられた<sup>457</sup>。

まず、KE323条1項は、「一方当事者が双務契約に基づく義務に違反した場合に、その当事者が期間の設定に基づき解除を予見すべきであったときは、他方当事者は相当の期間が奏功せずに徒過した後に契約を解除することができる。(以下、略)」と定める。次に、KE323条2項の各号では、無催告で解除ができる場合が列挙されていた。一方、「義務違反が軽微なとき」には上記の解除権が制約された(KE323条3項1号)。この規定は、「重大でない不完全履行または軽微な付随義務の違反において解除を排除する」ものであり、「1項に基づく猶予期間の超過も『全ての事情の考慮のもとでは』軽微な義務違反として評価され」た<sup>458</sup>。

売買契約では、買主は、物に瑕疵がある場合、KE323条に基づき契約を解除できた(KE439条1項)。一方、KE323条3項1号では、BGB旧459条1項2文の意味における『価値または適性の軽微な減少』の場合には、売買契約の解除は排除されていた<sup>459</sup>。請負契約では、注文者は、KE323条に基づき仕事の瑕疵を理由に、追完のために定められた期間を経て契約を解除できた(KE637条1項)。しかし、BGB旧634条3項と同様に軽微な瑕疵の場合には解除権が排除された<sup>460</sup>。

委員会草案によって構想された「軽微な義務違反」という概念は、その後の立法草案においても引き継がれた。

### (3) 消費動産売買指令における議論の概要

委員会草案以来、債務法改正論議は停滞していた。その後、1999年5月25日に消費動産売買及び消費動産に関する保証の一定局面に関するヨーロッパ議会及び閣僚理事会の指令1999/44/EG<sup>461</sup>(以下、単に「指令」と略称する)が出され、指令を国内法化する必

---

<sup>457</sup> 下森＝岡編著・前掲注(11)『ドイツ債務法改正委員会草案の研究』76頁〔平野裕之執筆〕を参照。

<sup>458</sup> Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts (以下、Abschlußberichtと略称), Bundesanzeiger, 1992, S.169.

<sup>459</sup> Abschlußbericht, S.216.

<sup>460</sup> Abschlußbericht, S.257.

<sup>461</sup> ABl. Nr. L 171 vom 07.07.1999., S.12.

要に迫られたことも要因となり改正論議が動き出した。BGB323 条 5 項 2 文は同指令をドイツ法に転換したものであることから<sup>462</sup>、以下では指令の内容をみる。

まず「売主は、消費用動産の交付時点までに存在するあらゆる契約不適合について消費者に責任を負う」（指令 3 条 1 項）。その上で、「契約違反に際しては、消費者は、3 項の基準に基づく修補または代物給付による消費用動産の契約に適合した状態の無償の修復を求める権利、または 5 項及び 6 項の基準に基づき当該消費用動産に関する相当な売買価格の減額、契約の解消を求める権利を有する」（指令 3 条 2 項）。

これらの救済手段に関して、「消費者は売主に対して、まず消費用動産の無償の修繕、無償の代物給付を、これらが不能または不均衡ではない限りで請求できる」（指令 3 条 3 項 1 文）。この「不均衡」にあたるのは、一方の救済が、他の救済可能性と比較して売主に期待不可能な費用を引き起こす場合である。費用の期待不可能性を判断する際には、契約違反がなければ消費用動産が有したであろう価値や契約違反の重大性を考慮して、消費者にとって重大な不愉快(Unannehmlichkeiten)なく代わりの除去可能性に手を付けうるか(zurückgreifen)否かも考慮される(同 2 文)。「修繕または代物給付は、相当の期間内にかつ消費者にとって重大な不愉快なく行われなければならない。その際には、消費用動産の種類、消費者にとって消費用動産を必要とする目的が考慮に入れられなければならない」（同 3 文。以下の条文は略）。

修繕または代物給付請求権は、代金減額・解除権よりも優先的に位置づけられる<sup>463</sup>。具体的には、「消費者が修繕や代物給付を求める権利を有さず、または売主が相当な期間内に救済を行わず、または売主が消費者にとって重大な不都合を与えることなく救済を行わなかった場合に、消費者は売買代金の相当な減額または契約の解消を請求できる」（指令 3 条 5 項）。

また解除権は無制限に認められるわけではなく、「些細な契約違反の場合には、消費者は契約を解消する権利を有さない」（指令 3 条 6 項）。

1998 年 10 月 30 日に出された理事会の草案説明<sup>464</sup>では、次の点が指摘されている。それは、当時の指令の「考慮理由(Erwägungsgrund)10（1999 年 5 月 25 日の指令では 11）に

---

<sup>462</sup> BT-Drs.14/6040, S.223.

<sup>463</sup> 指令 3 条 5 項の内容及びそれを反映したドイツ法の救済手段の内容については、田中志津子「売買契約において瑕疵ある物が給付された場合の救済手段」伊藤進先生古稀記念『現代私法学の課題』（第一法規、2006 年）265 頁、特に 282 頁以下に詳しい。

<sup>464</sup> Art.3 im Gemeinsamer Standpunkt des Rates Nr.51/98, C 333/46, S.53.

においてより詳細に論じられている比例性(Verhältnismäßigkeit)の基準は、通用する国内法を顧慮すると『経済的相当』という基準よりもより適合的である」ということである。

ここであげられている考慮理由とは、次のような内容である。

「まず消費者は、売主に動産の修補または代物給付を請求することができる。ただし、その救済が不能または不均衡であろう場合は除く。一方の救済が不均衡か否かは、客観的に確定されなければならない。他の救済と比べて期待不可能な費用を引き起こす救済は、不均衡である。期待不可能な費用が問題となるか否かという問いに答える際には、当該救済費用が他の救済の費用よりも明らかに高いか否かが重要とされる<sup>465</sup>」。

理事会は、「この比例性の意味において、些細な契約違反の事例における契約の解消を排除した」と説明する。上記の考慮理由をみると、そこでは、一方の救済手段と他方の救済手段から生じる費用が比較されているとみられる。ただし、「比例性」の意味はそれ以上述べられていない。

#### (4) 討議草案以降の規定案の概要

指令の国内法化に向けて動き出した連邦司法省は、2000年8月4日に討議草案<sup>466</sup>を、翌年3月6日に討議草案の整理案を出し、そして同年5月9日に債務法現代化法の政府草案が閣議決定された。これらの草案における催告解除に関する規律は、債務者が双務契約に基づく義務に違反した場合には、債権者が原則として相当な期間を定めて契約を解除できる一方、義務違反が軽微な場合には解除が制限される点では同様の構造が採用されている。

ドイツ政府による政府草案の理由書(Begründung)によると、不完全な給付の事例において、「給付に瑕疵がある場合には通常債権者を部分的でも契約にひきとめておく理由は存在しない。債権者を契約に引きとめることが正当化されるのは、義務違反が軽微であり、かつその結果、債権者の給付利益が根本的には侵害されていない場合のみである」と指摘される<sup>467</sup>。同理由書では、軽微な義務違反の場合には指令3条6項との整合性を考慮して、解除権のみが排除され、買主のその他の権利は排除されない<sup>468</sup>、とする。

以上の政府草案を経て、2001年11月26日に債務法現代化法が成立した。政府草案において条文の位置が変更された結果、BGB323条5項2文に「債務者の給付が契約に適合し

<sup>465</sup> ABl. Nr. C333 vom 30.10.98., S.47.

<sup>466</sup> Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, S.397ff.

<sup>467</sup> BT-Drs. 14/6040, S.187.

<sup>468</sup> BT-Drs. 14/6040, S.231.

ない場合において、その義務違反が軽微なときは、債権者は、契約を解除することができない」とする規定が明記された。

### 3 小括

立法過程の議論は、次のように要約される。まず、債務法改正前の規定では、契約法総則の解除や売買契約の権利の瑕疵及び請負契約において、相当の期間を定めた解除が原則とされた。これに対して、売買契約の物の瑕疵の場合、買主はすぐに解除を請求することができた。ただし、売買契約の物の瑕疵が軽微であるときには買主には解除が認められなかった。このように旧法では、契約法総則や各則で解除の要件やその阻却事由が異なる規律が設けられていた点で複雑な構造を有していた。

この旧法の状況を踏まえて、Huber は、解除の要件として帰責事由を不要とした上で、給付障害を「重大な契約違反」という概念の下で統一的に把握する試みを構想した。

Huber の鑑定意見を承けた委員会草案では、給付障害の要件として「義務違反」概念を採用した。それとともに、「義務違反が軽微なとき」には債権者は契約を解除できないとする規定案を採用した。軽微な義務違反における解除権の制限に関する規定は、討議草案やその整理案においても踏襲された。政府草案によると、不完全な給付において債権者を契約にひきとめることが正当化される理由は、義務違反が軽微であり、「債権者の給付利益が根本的には侵害されていない」ことに求められる。

以上の過程を経て、BGB323 条 5 項 2 文が規定された。その立法過程からは、同規定の形成には「些細な契約違反の場合には、消費者は契約を解消する権利を有さない」とする指令 3 条 6 項が影響を与えていることを指摘しうる。指令の考慮理由によれば、「比例性」の意味において「理事会は些細な契約違反における契約の解消を排除した」と説明される。ただし、「比例性」の内容は詳細には述べられておらず明らかではない。

そこで、次節では、BGB323 条 5 項 2 文において「比例性」という考え方がどのように反映されているのかをみていきたい。



### 第3節 軽微な義務違反における解除権の制限と比例原則

本章では、第2節を踏まえて、「軽微な義務違反」において解除権を制限する BGB323 条5項2文に「比例性」という考え方が具体的にどのように反映されているのか、という点をみていく。

以下の議論をやや先取りすると、「比例性」を意味するとみられる「比例原則」は、2つの場面に関わっているとみうる。1つには、売買契約において契約に適合しない給付がなされた際に買主には追完や代金減額、解除等の救済手段が認められるところ、それらの救済手段を比較する場面である。もう1つには、BGB323 条5項2文の目的及び判断基準に関する場面である。以下では、2つの場面を詳しくみていきたい。

#### 1 比例原則に基づく契約に適合しない給付に対する救済手段の比較

本章冒頭で触れたように、契約に適合しない給付において比例原則という視点から買主に認められる救済手段相互の関係を比較する見解がみられる。以下では、これらの見解の内容をみていく。

##### (1) 各見解の紹介

###### a Stürner の見解

Stürner は、第2章第3節3(1)b でみたように、契約法においては、比例原則の個別原則のうち、利益や法益、財貨を比べるという手段である「均衡性の原則」が適用されるとする<sup>469</sup>。その原則は、実質的な内容を示すものではなく、具体的な事例において問題となっている利益や価値等を衡量する手段として形式的な性質を有する<sup>470</sup>。

Stürner は、均衡性の原則の意味における比例原則が、指令3条（本章第2節2(3)参照）や同条が影響を与えた BGB323 条5項2文に具体化されていることを次のように説明する。

指令3条3項によると、買主が選択した追完方法が他の追完方法と比べて売主に不均衡な負担となる場合には、売主はその追完を拒絶できる。2つの追完手段が客観的に可能であるときには、一方の追完手段が他方の追完手段に比べて不均衡であるか否かが費用－便益

<sup>469</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.326.

<sup>470</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.329.

(Kosten-Nutzen)の比較に基づき確定される<sup>471</sup>。「比例性のコントロール(Verhältnismäßigkeitskontrolle)」は、一方の追完手段が不能であるかまたは不均衡を理由に拒絶された場合において、残った他方の追完手段が不均衡である場合かを判断する際にも行われる<sup>472</sup>。売買法上の瑕疵担保法の体系における比例性審査は、段階づけられた順序(Stufenordnung)において様々な法的救済を与える調整(Regulativ)としても理解される。したがって、その調整を追完の優先的な法的救済と代金減額または解除の間にも用いることが納得のいくように思われる。この意味において、些細な契約違反の場合に解除権を排除する指令3条6項を比例性のコントロールのためのさらなる手がかりとして理解できる。その規制とは、契約の解消に対する代金減額の優先を要求するものである。このことは、輕微性を一般的な比例原則の表れとみる理事会の共通見解の理由付けに合致している<sup>473</sup>。

指令においては契約に適合しない物が給付された消費者の権利救済が比例原則に基づき段階づけられている。第1の救済手段は、追完請求権である。消費者は自己の選択に従い、修繕または代物給付を請求できる。2つの救済手段のうちの1つが不能であるか、他の手段と比べて売主に不均衡な費用となる場合には、消費者は他の追完手段に制限される。ただし、その追完手段も不能または不均衡である場合は、この限りではない。この場合、消費者は第2の救済手段として代金減額または契約の解消を請求できる。しかし、瑕疵が些細なときには代金減額が優先され、解除は排除されることになる<sup>474</sup>。

こうした救済体系を構築している指令には、2つの原理が表れている<sup>475</sup>。1つは、消費動産売買指針の基礎に置かれる契約の尊重(favor contractus)である。もう1つは、指令の理事会が些細な契約違反における契約解消の排除のための正当化(Begründung)としてあげていた比例原則である。

指令3条6項に基づく契約違反の輕微性の概念が、重大でない義務違反の概念を通じてBGB323条5項2文に轉換された。そのため、ドイツ法の新たな法状況には従来よりも高い基準で比例原則が売買法上の法的救済体系に採り入れられている。具体的には、ドイツ法においても指令と同様に、まず二次的提供に関する債務者の権利(追完権)が予定され、本

---

<sup>471</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.195.

<sup>472</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.196.

<sup>473</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.196ff.

<sup>474</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.197.

<sup>475</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.238.

来の債務関係の存続が優先される。そして、それに劣後して損害賠償、減額及び解除が生じる。しかし、義務違反が軽微な場合には解除権が排除される<sup>476</sup>。

以上の見解のように、Stürner は、比例原則が追完や代金減額、解除等の様々な法的救済を段階づける際に作用しているという。その主張を展開する際には、オーストリアの学者である Faber の見解が参照されている。そこで、次に Faber の見解をみておきたい。

#### b Faber の見解

Faber は、指令 3 条及びそれを基に形成されたオーストリア一般民法典（以下、ABGB と略称する）932 条<sup>477</sup>を比例原則の視点から分析し、一般的な瑕疵担保法の救済構造において同原則が次のように表れていると主張する<sup>478</sup>。

まず比例原則が最も明白にみられるのは、指令 3 条及び ABGB932 条における 2 つの主たる瑕疵担保の救済手段である修繕と代物給付の関係である。そこでは、買主は、原則として 2 つの除去方法を自由に選択できる。しかしながら、2 つの除去の方法の一方が不能であるか、他の除去と比較して「不均衡」である場合には選択権が制限される。「均衡性」または「不均衡性」の意味においてどのように利益衡量が行われうるのかは、比較的詳細に定められる。売主の側では、一方の除去の方法または他方の除去の方法から売主に生じうる費用のみが価値を持つ。それらの費用がある程度同様であれば、買主は少なくとも自由に選択で

---

<sup>476</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.240.

<sup>477</sup> 【ABGB932 条】

1 項「譲受人は、瑕疵を理由として修繕（修補または瑕疵ある部分の補完）、物の交換、報酬の相当な減額（価値の減額）または契約の破棄（解除）を請求できる。」

2 項「まず、譲受人は、物の修繕または交換のみを請求できる。ただし、修繕または交換が不能であるか、ほかの除去と比べて売主に不均衡に高い費用と結びつくであろう場合にはこの限りでない。このことがあてはまるか否かは、瑕疵のない状態における物の価値、瑕疵の重大性及びほかの除去と比較して譲受人に結びついた不都合にも照準が合わせられる。」

3 項「修繕または交換は、相当な期間で、かつ譲受人にとって最もわずかな不愉快で実現されなければならない、その際には物の種類及び物によって追求された目的が考慮されなければならない。」

4 項「修繕も交換も不能であるか、または譲渡人にとって不均衡に高い費用と結びつけられる場合には、譲受人は、価値の減額か、または些細な瑕疵が問題とならない限りで解除を求める権利を有する。次の場合にも同様のことがあてはまる。譲渡人が修繕又は交換を拒絶したときまたは相当な期間で行わなかったとき、これらの除去が譲受人に重大な不都合を生じさせ、または除去が譲渡人個人に存在する十分に根拠のある(triftig)理由に基づき期待不可能である場合である。」

<sup>478</sup> Wolfgang Faber, Zur „geringfügigen Vertragswidrigkeit“ nach Art.3 Abs.6 der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG, ZEuP 2006, S.676.

きる。一方、買主によって選択された除去の方法から生じる費用が明らかに高い場合、次の基準を考慮してその超過支出が「不均衡」と評価されるか否かが問題となる。その基準とは、瑕疵のない物の価値、契約違反の重大性及び代わりの救済手段から買主に生じうる重大な不愉快(Unannehmlichkeit)である。最後の基準では物の種類及び買主によって追求された目的も考慮される<sup>479</sup>。

またオーストリアにおいて支配的であり、ABGB932 条 4 項 1 文の立法者によっても默示的に引き継がれた解釈によれば、比例原則には一次的救済手段（追完）と二次的救済手段（代金減額及び解除）との間を境界付けるための重要な意義が認められる。指令 3 条 5 項によれば、追完請求が不能またはそれに匹敵する不均衡性を理由に排除される場合には、買主は、代金減額または解除を請求できる。一次的救済手段の比較の際に述べられた費用の比較の衡量体系は、一次的救済手段と二次的救済手段との比較にも用いられることが体系的な考慮に合致する。買主が一次的救済を請求する場合、これに要する費用が二次的救済から生じる金銭的な不利益と比べて不均衡に高いといえない限りで、売主はその請求を甘受しなければならない<sup>480</sup>。

さらに、オーストリア最高裁判所(OGH)の理解によれば、比例原則は 2 つの二次的救済手段の関係の基礎にも置かれている。そのことは、「軽微な契約違反」の場合において解除を排除し、単に価格の減額のみが存在していることから示される。その際には、2 つの救済の費用の比較が問題となる。Faber によると、代金減額と解除の間の比較の基準として<sup>481</sup>、売主の観点からは、指令及び ABGB932 条に基づき、原則的には単に金銭的な負担が重要であるという。他方、買主の観点からは、契約違反の重大性が本質的な観点となると主張する。

以上の見解によれば、比例原則は、瑕疵担保の救済手段を境界付ける際の基準として、①一次的救済手段相互の関係、②一次的救済手段と二次的救済手段との関係、③2 つの二次的救済手段相互の比較に作用しているとみられる。このうち解除権にかかわるのは、②と③の場面である。特に③の場面では、比例原則により、解除や代金減額の救済手段が比較されることによって解除よりも代金減額が優先的な手段として位置づけられているとみうる。

---

<sup>479</sup> Faber, a.a.O. (Fn.478), S.683ff.

<sup>480</sup> Faber, a.a.O. (Fn.478), S.684.

<sup>481</sup> Faber, a.a.O. (Fn.478), S.685ff. ここではその概略を示すにとどめる。

### c Schubert の見解

第2章第2節3(1)hでもみたSchubertは、信義誠実の原則（BGB242条）のコンメンタールにおいて、「比例原則」の項目を設け、次のように述べる。

「権利の行使が相手方に極端に過大な不利益を与え、かつ権利者の利益を同様に良く顧慮しうる措置、または相手方に少なくとも要求しうる他のより重大でない措置が可能である場合には、権利の行使は許されない」。「いわゆる過剰介入の禁止においては、比例性の観点は軽微性と重なる。権利の行使が様々な方法により、または様々な内容で可能である場合には、債権者は基本的にはできる限り債務者に最も侵害が少ない方法で満足しなければならない」。

この主張の具体例として、契約に適合しない給付がなされた場合の救済手段の関係があげられる。そこでは、瑕疵のある履行または時機を失した履行に際しては、修繕または代物給付（一次的手段）と代金減額、損害賠償、解除のような法的効果（二次的手段）との関係が比例原則によって理解されるという。Schubertによると、売買契約や請負契約においては追完請求が優先するが、BGB439条4項は、BGB323条5項2文と同様に比例原則を明文で表現していると述べる<sup>482</sup>。

以上のように、Schubertも、比例原則が買主に認められる救済手段を比較する際に用いられるとする。ただし、その主張は、詳細に述べられておらず明らかではない。そこで、敷衍すると次のように捉えていると考えられる。

まず売買契約において契約に適合しない給付がなされた場合、買主は売主に対して追完請求権を行使することができる。しかし、追完請求権が売主に過大な不利益を与え、売主に損害の程度が少ない他の救済手段が存在する場合には追完請求権の主張が許されない。このとき、売主はBGB439条4項により追完請求権を拒絶しうる（第4章を参照）。これと同様に、BGB323条5項2文についても、買主による解除権の行使が売主に過大な不利益を与える一方、代金減額、損害賠償といった売主をより侵害しない他の手段が存在する場合には買主による解除権の行使が認められないとみているのではないだろうか。このような理解が正当であるならば、この見解は、比例原則から、複数の救済手段を比較する効果だけでなく、一方の救済手段が相手方にとって過大な不利益であってはならず、相手方をより侵害しない手段を行使しなければならないとする帰結も認めていると考えられる。

---

<sup>482</sup> MünchKomm/Schubert, a.a.O. (Fn.127), Rn.450ff.

## (2) 小括

以上の学説について、a・bの見解からは、比例原則が契約に適合しない給付において買主に認められうる複数の救済手段を比較し、救済手段を段階的に位置づける制度を構築していると指摘できる。具体的には、契約に適合しない給付がなされた場合に、買主は売主に対して一次的救済手段として代物請求や瑕疵修補を優先的に行使しうる。しかし、一方の救済手段（例えば代物請求）が他方の救済手段（例えば瑕疵修補）に比べて売主に不均衡な負担となる場合には、前者の手段が制限される。また一次的救済手段を行使したときに売主に生じる負担が、損害賠償や代金減額・解除という二次的救済手段を行使したときに比べて売主に明らかに不均衡な負担となる場合には、一次的救済手段が制限されうる。さらに、比例原則には代金減額や解除という二次的救済手段を境界づける意義も認められる。この原則は、消費動産売買指令の基礎に置かれているとされ、指令を反映したドイツ法だけでなく、bの見解のようにオーストリア法でも具体化されている。

一方、cの見解も比例原則を救済手段の比較の際に用いている。この見解では、比例原則によって、比較衡量だけでなく、権利行使が相手方に不均衡で過大な不利益を与え、そして相手方により重大な不利益を与えない他の手段がある場合には当該権利行使が認められないという効果も導いているとみうる。つまり、明確には述べられていないが、比例原則を考慮した結果、解除が売主に不均衡で過大な負担となり、かつ売主に重大な不利益を与えない損害賠償や代金減額といった手段が存在する場合には解除権の行使が認められないと考えているのではないだろうか。

このように、本節の議論からは、契約に適合しない給付において認められる複数の救済手段を段階的に位置づけ、解除とその他の救済手段との関係を比較する際に比例原則という考え方が考慮されていることを指摘することができる。

## 2 BGB323 条 5 項 2 文の目的及び判断基準と比例原則

続いて、学説や判例では、BGB323 条 5 項 2 文の目的及び判断基準に関しても比例原則に言及する見解がある。そこで、以下では、軽微な義務違反においてなぜ解除権の行使が制限されるのかという問題について検討する。その際には、まず、後述(2)の判例で言及された学説の議論状況を中心にみていく。

(1) 学説の見解

a Schwarze の見解

Schwarze は、BGB323 条 5 項 2 文の目的を次のように述べる<sup>483</sup>。同規定の目的は、BGB 旧 459 条 1 項 2 文のように些細な瑕疵の場合に債権者の権利をなくすことではなく、むしろ、より小さくかつ些細な瑕疵の場合に完全な契約の清算(Liquidierung)による不均衡な制裁(Sanktion)を回避することにある。この制裁の危険は、不完全履行においては、債権者が契約を解除するために給付全体に対する利益の欠落を証明する必要があるということから生じる。不完全履行が軽微なときには、売買契約や請負契約においては債権者には代金減額の可能性が残されている。

こうした解除の考え方は、損害賠償にもみられる。軽微な不完全履行の場合、つまり義務違反が軽微なときには、債権者はいわゆる小さな損害賠償(kleine Schadensersatz)のみを請求できる。このとき、債権者は BGB281 条 1 項 3 文<sup>484</sup>に基づき、給付全体に代わる損害賠償を請求できない。たとえ債権者の利益をほとんど侵害しない些細な契約違反でも不完全な給付となるところ、損害賠償を認めることにより不均衡な制裁の危険が生じうる。そこで、利益の侵害と制裁との比例性を守るために、BGB281 条 1 項 3 文及び BGB323 条 5 項 2 文は、債権者の保護を小さな損害賠償に限定している。つまり、損害賠償においても売主を不均衡な制裁から保護するという考え方が表れている<sup>485</sup>。

Schwarze は、このような目的に照らして軽微性概念が解釈されなければならないと説く。その見解によると、BGB 旧 459 条 1 項 2 文は、物の瑕疵がその物の価値や適性をわずかに減少するに過ぎない場合に全ての瑕疵担保権を排除するため、買主に極めて大きな影響を与えるものであった。そのため、BGB 旧 459 条 1 項 2 文の軽微性の判断は極めて厳格に解釈されており<sup>486</sup>、實際上機能しなかった。こうした理由から、BGB323 条 5 項 2 文の軽微性を BGB 旧 459 条 1 項 2 文のように極めて限定的に捉えることに反対する<sup>487</sup>。

---

<sup>483</sup> Roland Schwarze, in: Staudinger Kommentar zum BGB, Neubearb. 2009, §323, 2009, C.24.

<sup>484</sup> 【BGB281 条】（履行されなかったかまたは債務に従って履行されなかった給付に代わる損害賠償）

1 項 3 文「債務者が給付を義務づけられた通りに実現しなかった場合には、債権者は、義務違反が軽微なときには全ての給付に代わる損害賠償を請求することができない。」

<sup>485</sup> Roland Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 2., neubearb. Aufl, 2016, Rn.22

<sup>486</sup> 例えば、瑕疵自体がすぐに消滅し、または非常にわずかな費用ですぐに除去しうるような瑕疵のみを「軽微」と判断していた。KG NJW-RR 1989, 972.

<sup>487</sup> Staudinger/Schwarze, a.a.O. (Fn.483), §323 Rn.C.25.

#### b Schmidt の見解

Schmidt は、BGB323 条 5 項 2 文の背後には、BGB 旧 459 条 1 項 2 文・BGB 旧 536 条 1 項 2 文・BGB 旧 634 条 3 項及び CISG49 条 1 項 lit.a<sup>488</sup>、CISG64 条 1 項 lit.a<sup>489</sup>に含まれている思想(Gedanke)が隠されているという。それは、契約違反の法的効果が比例的でなければならず、かつ債務者の義務プログラムにわずかに違反した場合には契約関係への最も厳しい介入としての解除が排除されるという思想である。また BGB281 条 1 項 3 文も全ての給付に代わる損害賠償にとってこの思想に相当することを規定している(ordnen)という<sup>490</sup>。

その上で、Schmidt は、BGB323 条 5 項 2 文の軽微性に関しては、債務法現代化法の立法理由書が BGB 旧 459 条 1 項 2 文の軽微性を参照していたことから<sup>491</sup>、その規定と同様に厳格な解釈の下で軽微な義務違反を判断すべきだとする<sup>492</sup>。

#### c Grothe の見解

Grothe も BGB 旧 459 条 1 項 2 文、BGB634 条 3 項等の規定をあげて、BGB323 条 5 項 2 文の背後には、契約違反の法的効果が比例的でなければならず、かつ債務者の義務プログラムにわずかな違反した場合には、契約違反への最も厳しい法的効果としての解除が排除されるという思想が存在するとみる。BGB281 条 1 項 3 文もその思想に相当するものという<sup>493</sup>。

---

<sup>488</sup> 【CISG49 条】

1 項「買主は、契約またはこの条約に基づく売主の義務の不履行が、重大な契約違反となる場合には契約の解除の意思表示をすることができる。」

ウィーン売買条約に関する条文は、外務省 HP

([https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/treaty169\\_5.pdf](https://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/treaty/pdfs/treaty169_5.pdf)) を参考にした。

CISG における重大な義務違反概念及びドイツ民法におけるその理解については、平山陽一「現行ドイツ民法における解除要件としての『重大な義務違反』」法学研究論集 47 号 (2017 年) 86 頁以下を参照。

<sup>489</sup> 【CISG64 条】

1 項「売主は、契約またはこの条約に基づく買主の義務の不履行が、重大な契約違反となる場合には契約の解除の意思表示をすることができる」。

<sup>490</sup> H. Schmidt, in: Beck'scher-Online Kommentar BGB, 44.Ed.2017, § 323 Rn.39.

<sup>491</sup> BT-Drs. 14/6040, 222.

<sup>492</sup> Beck-OK/H.Schmidt, a.a.O. (Fn.490), Rn.39.

<sup>493</sup> Helmut Grothe, in: Beck'scher-Online Kommentar BGB, 2012, §323, Rn.39.



他方で、Grothe は、b の見解とは異なり、BGB323 条 5 項 2 文の輕微性の基準が旧 BGB459 条 1 項 2 文の基準よりも高く設定されるという。確かに、立法者は、BGB323 条 5 項 2 文の立案に際して、BGB 旧 459 条 1 項 2 文を参照していたという。しかし、BGB323 条 5 項 2 文は、輕微な義務違反の場合に解除権を排除するだけであり、買主は追完請求権のほか、代金減額を排除するのではない。そして、同規定が比例原則の表れであることから輕微な義務違反が認められる場面は BGB 旧 459 条 1 項 2 文よりも広く解されるとする<sup>494</sup>。

#### d Stürner の見解

本章第 3 節 1(1) a でも取り上げた Stürner は、BGB323 条 5 項 2 文の義務違反の程度を確定する際には広範な利益衡量が行われなければならない、その際に決定的な基準点となるのは、契約上合意された給付に対する債権者の利益であると指摘する<sup>495</sup>。このことは、特に売買契約や請負契約において、給付の契約適合性に付与されている重要性(Gewicht)から明らかになるとする。そして、債権者の利益に対して、瑕疵除去のために必要な費用、瑕疵による物の侵害、物の価値及び事情によっては債務者の過失の程度も対比されるとみる<sup>496</sup>。その上で、BGB323 条 5 項 2 文の輕微性の判断においては、BGB 旧 459 条 1 項 2 文の解釈を引き継ぐことは正当化されないと説く。なぜなら、旧法では、売買目的物の単なる価値または適性をわずかに減少させる瑕疵の場合に、買主に全ての権利が排除されていたのに対して、現行法では些細な義務違反の場合に契約の解消のみを認めず、損害賠償や代金減額という他の救済は認められるからである<sup>497</sup>。

上記主張に加えて、Stürner は、信義誠実の原則の下で作用する比例原則の視点から解除を分析する。その際、未払い代金の履行遅滞に関する解除を例にして次の主張がなされる<sup>498</sup>。

BGH は、「——信義誠実の原則の作用としての——いわゆる『過剰介入の禁止』により、単なる些細な契約違反にすぎない場合に特に厳しい法的効果を生じてはならない」ということを詳述する<sup>499</sup>。しかしながら、このことは、些細な法の違反を主張に出すことそれ自体が濫用となる、というように解釈されてはならないであろう。つまり、法秩序によって本来認められた行為（解除）が個々の事例においてもはや許されないという他の事情が付加され

<sup>494</sup> Grothe, a.a.O. (Fn.493), Rn.39.

<sup>495</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.239ff.

<sup>496</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.240.

<sup>497</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.241.

<sup>498</sup> Stürner, Verhältnismäßigkeit (Fn.155), S.398.

<sup>499</sup> BGHZ 88,91,95; BGH NJW 1985,266,267; BGH WM 1985,876.

ねばならない。義務違反の場合に契約の解消を合意することは適法である。解除権の行使の際には、一方当事者は例外的にのみ解除の相手方の利害を顧慮しなければならない。その際には、義務違反の程度と解除権の影響との間に相当な関係が存在する。つまり、解除の相手方の過失(*Verfehlung*) が重たくなればなるほど、ますます信義則違反としての制裁はほとんど姿を現さないように思われる。制裁がそれを引き起こした義務違反と常に相当な関係になければならないという関係は一般的に存在しない。

上記見解は、信義則の下に位置づけられる比例原則の適用例を述べるものである。そこで参照されている判例は、債務法改正前のものであることから信義則が用いられているとみられる。現在では、債務法改正によって BGB323 条 5 項 2 文が設けられたことから、上記の解除権が制約される場面には同規定が適用されると考えられる。

#### e 小括

まず、BGB323 条 5 項 2 文の目的に関する各見解の主張は、次のようにまとめられる。2(1)a の見解は、BGB323 条 5 項 2 文の目的を、些細な瑕疵に対して契約関係の完全な清算という不均衡な制裁を回避することにあるとみる。(1)b・c の見解も、同規定の背後には、契約違反とそれに対する法的効果が比例的でなければならず、些細な瑕疵に対する最も厳しい法的効果としての解除が排除されるという思想が存在するとみる。また、この思想は、売買契約や請負契約の些細な契約違反において買主や注文者に解除権などの法的効果を認めない BGB 旧 459 条 1 項 2 文・BGB634 条 3 項等のほか、義務違反が軽微なときに債権者に全ての給付に代わる損害賠償を認めない BGB281 条 1 項 3 文にもみられると指摘する。(1)d の見解は、BGB323 条 5 項 2 文の目的を述べていないが、義務違反の程度を確定する際の利益衡量において「契約上合意された給付への債権者の利益」が決定的な規準となると説く。さらに、この見解は、解除を比例原則の視点からみたときに、解除権者は例外的にその相手方の利害を顧慮しなければならないが、制裁とそれを引き起こした義務違反との関係が常に相当でなければならないわけではないと指摘する。したがって、この見解も明示的ではないものの、a～c の見解と同様に義務違反に対する解除を制裁と捉えている可能性がある。

次に、学説からは、BGB323 条 5 項 2 文の軽微性の判断基準に関する異同を指摘できる。b の見解は、債務法改正の立法者が BGB 旧 459 条 1 項 2 文を参照していたことから、BGB323 条 5 項 2 文の軽微な義務違反が認められる場面が旧法と同様に極めて限定的に解釈されるべ

きとみる<sup>500</sup>。それに対して、a・c・dの見解は、BGB323条5項2文の軽微な義務違反がBGB旧459条1項2文よりも広い範囲で認められるとする。なぜなら、現行法は旧法のように瑕疵担保に基づく買主の全ての権利を排除しているのではなく、単に解除権のみを制限し、他の救済手段が買主に認められているからである<sup>501</sup>。またcの見解では、BGB323条5項2文が比例原則の表れであることが軽微な義務違反を広く認める理由の1つとして示されている。

それでは、判例ではBGB323条5項2文の規定の目的及びその軽微性の基準がどのように捉えられているのか。次にこの点をみていく。

## (2) 判例におけるBGB323条5項2文の目的と軽微性基準

(1)でみた学説のいくつかは、BGH2014年5月28日判決（以下、2014年判決とする）で参照されている。この判決は、BGB323条5項2文の目的や売買目的物の瑕疵が除去できる場合の軽微性基準を明らかにした点で重要性を有することから、その内容を詳しくみていく。

### a 事案の概要<sup>502</sup>

原告（買主）は、自動車ディーラーである被告（売主）から29,953€で自動車を購入した。車の引渡し後、原告は駐車補助装置の瑕疵を主張した。具体的には、駐車センサーの誤った取付けを原因として、聴覚的な警告機能の瑕疵や視覚的な警告機能に完全な瑕疵があると指摘した。そのため、原告は、被告やそのほかのディーラーの工場をたびたび訪れた。原告は、被告に「最後の修繕の試み」として通知した書面によって駐車補助装置に瑕疵がある旨などを主張し、約1か月超の期間を定めて瑕疵の除去を要求した。被告は、先行してなされた修繕の試みを経て駐車補助装置が問題なく機能していると原告に通知した。これに対し

---

<sup>500</sup> 例えば、旧法と同様に瑕疵の修繕費用が売買価格の3%~4%、または5%にとどまる場合に軽微な義務違反が認められると解する見解として、Harm Peter Westermann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6.Aufl. 2012, §437 Rn.12 ; Florian Faust, in: Beck'scher-Online Kommentar BGB, Ed.31, Stand:1.3.2011, §437 Rn.26.がみられた。

<sup>501</sup> 例えば、瑕疵が除去しうる場合には除去費用が売買価格の10%を上回ったときとする見解(Grüneberg, in: Palandt Kommentar, 73. Aufl. 2014, § 323 Rn.32.)、20%から50%を上回った場合に軽微でないとする見解(Wolfgang Ernst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6.Aufl.2012, §323 Rn.243 e)がみられた。

<sup>502</sup> BGHZ 201, 290 Rn.1ff.

て、原告は売買契約の解除を主張し、BGB437 条 2 号・BGB440 条・BGB323 条 1 項等に基づき売買代金の返還を求めた。

一審及び控訴審は、センサーの誤った取付けのために認識しうる障害物がないのに駐車補助装置が常に警告のシグナルを発していたこと、センサーの通常通りの取付けに要する費用の総計は 1,958.95 €であり、売買価格の 6.5%であることを確認した上で、原告の請求を棄却した。なぜなら、瑕疵除去費用が売買価格の 10%を超えたときに初めて BGB323 条 5 項 2 文の軽微な義務違反ではないのであり<sup>503</sup>、その限度を超えていない本件では解除権が同規定に基づき排除されると考えたからである。

## b 判旨

### (i) BGH の結論<sup>504</sup>

まず、BGH は、BGB323 条 5 項 2 文に基づき「瑕疵が些細(geringfügig)なとき」には解除権が排除されること<sup>505</sup>、義務違反が軽微か否かという問題が個別事例の事情を基礎とする広範な利益衡量により定まることを確認する<sup>506</sup>。

次に、BGH は、BGB 旧 459 条 1 項 2 文のように軽微性の概念を厳格に解釈すれば実際機能しない規定になりかねず、体系的な理由からも旧法よりも軽微性の基準を高めるべきであると述べる見解に言及する<sup>507</sup>。なぜなら、現行法は、かつての法状況とは異なり買主に瑕疵に関する法的救済を拒絶するものではなく、些細な瑕疵がある場合には追完請求権や減額及び——瑕疵につき売主に帰責事由がある場合には——小さな損害賠償も認めているからである。さらに、本節 2(1) a～c の学説を引用して、BGB323 条 5 項 2 文が契約違反の法的効果の比例原則を表現しているとされるために、必然的に BGB 旧 459 条 1 項 2 文の軽微性の基準を高くすべきこと、つまり軽微な義務違反により解除権が制限される範囲を拡げる解釈を採るべきであるとの見解に言及する<sup>508</sup>。

---

<sup>503</sup> BGHZ 201, 290 Rn.12.

<sup>504</sup> (i)～(iv)は、BGH の判旨の理解を容易にするために筆者が付したものである。

<sup>505</sup> BGH NJW 2011, 2872, Rn.19.

<sup>506</sup> 判例 (BGH NJW-RR 2010, 1289 Rn.23.; BGH NJW 2013, 1365 Rn.16.; BGHZ 201, 290, Rn.16.) 及び通説 (Grothe, a.a.O.(Fn.493), Rn.39; Palandt/Grüneberg, a.a.O., (Fn.501) Rn.32) に従ったものである。

<sup>507</sup> BGHZ 201, 290 Rn.31ff.

<sup>508</sup> BGHZ 201, 290 Rn.32.

しかし、BGH は、こうした見解を考慮しつつも、「瑕疵が除去しうる場合、個別事例の事情に基づき行われるべき利益衡量の範囲では、少なくとも瑕疵の除去費用が売買価格の5%の金額を上回る場合には、原則的にはもはや瑕疵の些少性及びそれと同時に BGB323 条 5 項 2 文の義務違反の軽微性を出発点に置くことはできない。瑕疵修補費用が売買価格の5%を超える一般的な重大性の境界は、立法の文言及び立法資料に明確に現れている立法者意思、BGB323 条 5 項 2 文の意味及び目的並びに物の瑕疵における買主の権利の体系に合致しない」<sup>509</sup>と判示した。その理由は、以下に述べる通りである。

(ii) 根拠①——債務法改正の立法理由書

「BGB323 条 5 項 2 文の規定は、債務者の義務違反のときに債権者に一般的に解除権を認める BGB323 条 1 項の一般的な規定の例外を含んでいる。この原則－例外関係の基礎には、債権者と債務者の利益の衡量がある。立法者は、瑕疵のある給付の場合に、原則的には債権者の契約の解消利益を優先する一方で、このことは軽微な義務違反の場合には例外的に妥当しない。なぜなら、単に些細な契約障害の場合には契約の解消に向けた債権者の利益は通常些細なものであるのに対し、債務者はしばしば重大な負担をかけられるからである。それゆえ、この事例においては債務者の契約の存続に向けた利益が上回る」<sup>510</sup>。

「BGB 旧 459 条 1 項 2 文に同様に含まれていた軽微性の概念の使用は、立法者が BGB323 条 5 項 2 文とその基準を結び付けようとしていたことに合致する。このことは、債務法現代化法の立法理由書の次の部分によって確認される」<sup>511</sup>。

——給付に瑕疵がある場合、義務違反が軽微であり、その結果債権者の給付利益が根本的には侵害されていないときにのみ、契約への債権者の固執が正当化される<sup>512</sup>。

——従来の BGB459 条 1 項 2 文の意味における『軽微な価値または適性の減少』、または指令 3 条 6 項の意味における『些細な契約違反』の場合には、売買契約の解除が排除される<sup>513</sup>、という部分である。

一方、旧法よりも軽微性の基準を高める根拠は、立法資料からは見いだせない。むしろ、特に立法理由書の最後にあげられた部分——それによれば、債権者の給付利益が「根本的に

---

<sup>509</sup> BGHZ 201, 290 Rn.35.

<sup>510</sup> BGHZ 201, 290 Rn.36.

<sup>511</sup> BGHZ 201, 290 Rn.37.

<sup>512</sup> BT-Drs.14/6040, S.187.

<sup>513</sup> BT-Drs.14/6040, S.222f.

害されていない」とされる場合には義務違反が軽微であろうとする——は、立法者が BGB323 条 5 項 2 文と BGB 旧 459 条 1 項 2 文に関する判例によって発展してきた基準を結び付けようとしている。また指令の基準との調和において BGB323 条 5 項 2 文は、買主の解除権を高い要求で設定しようとはしていない<sup>514</sup>。

(iii) 根拠②——BGB323 条 5 項 2 文の意味及び目的、買主の権利体系

BGH の判断は、BGB323 条 5 項 2 文の意味及び目的並びに物の瑕疵における買主の権利の体系にも合致する<sup>515</sup>。債務法現代化法により、買主は、今や軽微な物の瑕疵の場合に追完も要求でき、かつその要求が不成功に終わる場合には、売買価格の減額または小さな損害賠償を請求できる」。解除は、通常の事例では「買主の法的救済以上により強く売主に影響すること、そして契約違反の法的効果——及び同時に解除も——常に比例的でなければならないということが考慮されなければならない」<sup>516</sup>（本節 2(1) a～c の見解引用）。

しかし、「このことは、BGB323 条 5 項 2 文の重大性の境界が、控訴審裁判所などの判例の一部及び文献で主張されているように、以前の法的状態に対して軽微性の基準を高めることを正当化するものではない」。なぜなら、「BGB323 条 5 項 2 文の意味及び目的は、比例原則を守るために、特に些細な瑕疵の場合に、売主にとって通常は著しい不利益と結びつく契約の解消の法的効果を排除することにある。しかしながら、物の瑕疵の場合に、控訴審によって述べられた 10%の規模では、通常は、買主に給付利益が『根本的に侵害されていない』とはいえないからである<sup>517</sup>」。むしろ立法者の考え及び裁判所の判例に従い、売買価格の 5%の重大性の境界は、売買契約当事者の利益を適切に調整する。「除去可能な物の瑕疵については、この境界を下回るときには、買主には、通常契約に固執すること及び——追完の要求後には——売買価格の減額または小さな損害賠償の主張によって満足を得ることが期待される<sup>518</sup>」。「この解決は、売主にとって経済的に最も不利益である些細な瑕疵を理由とする買主の解除の効果から売主を保護することができる」。

(iv) 根拠③——指令との一致

---

<sup>514</sup> BGHZ 201, 290 Rn.41.

<sup>515</sup> BGHZ 201, 290 Rn.42.

<sup>516</sup> BGHZ 201, 290 Rn.43.

<sup>517</sup> BGHZ 201, 290 Rn.44.

<sup>518</sup> BGHZ 201, 290 Rn.45.

さらに、指令 3 条 6 号を転換した BGB323 条 5 項 2 文は、指針に適合的に解釈されなければならない、その際には指令 8 条 2 項に基づき構成国にはより厳格な規定を通じて消費者の高い保護水準を確保することが自由裁量に委ねられている点が考慮される。売買価格の 5% の重大性の境界は、指令 3 条 6 項の「些細」という文言が低く設定されるべき境界に合致すること、さらには契約の解消という権利が買主に帰属することは、短い期間内に代物給付または修繕を求めるための「間接的な圧力手段」となるであろう<sup>519</sup>。

### (3) 判例のまとめとその意義・射程

BGH は、BGB323 条 5 項 2 文につき、本節 2(1)の学説 a～c の見解を引用して、同規定が比例原則を表していることから軽微な義務違反と認められる範囲を広く捉えるべきとみる解釈に言及する。さらに、同規定の意味及び目的が比例原則を守るために、「些細な瑕疵の場合に売主にとって通常は著しい不利益と結びつく契約の解消の法的効果を排除することにある」と判示した。

しかし、BGH は、これらのことを考慮しても、瑕疵が修補可能な場合においては、瑕疵修補費用が売買価格の 5% を超えるときには、原則的にはもはや BGB323 条 5 項 2 文の軽微とはいえないと判示した。5% の基準が、立法の文言及び立法者意思、同規定の意味及び目的、物の瑕疵における買主の権利の体系に合致するからである。具体的には、立法資料からは、BGB 旧 459 条 1 項 2 文と BGB323 条 5 項 2 文との連続性が意識され、後者の軽微性基準を高める根拠がみられないとする。また買主は解除の前に追完が要求できるほか、代金減額や損害賠償で利益を満足しうることも考慮されている。さらに、この結論は、「売主にとって経済的に最も不利益である些細な瑕疵を理由とする買主の解除の効果から売主を保護することができる」だけでなく、消費動産売買指令の保護目的にも適合的であるとす

る。2014 年判決は、学説によって BGB323 条 5 項 2 文の軽微性基準を具体化した点で重要な意義を有すると評価され<sup>520</sup>、その判断方法について「力を使い果たす筆記試験のための模範」になる、と好意的に受け止められている。なぜなら、BGH は、『軽微な義務違反』というメルクマールを具体化するために、現代的な解釈手法のほぼ全ての一式——4 つの伝統

<sup>519</sup> BGHZ 201, 290 Rn.51.

<sup>520</sup> Dirk Looschelders, Die Erfüllung-dogmatische Grundlagen und aktuelle Probleme, JA 2014, S.785.

的な規準である文言、体系、立法史及び規範目的に加えて、さらに指令に適合的かつ法比較的な解釈——を用いているからである<sup>521</sup>。なお、2014 年判決が示した 5% 基準は一定の大きな基準を示すにすぎず、硬直的に取り扱われてはならないと理解されている<sup>522</sup>。

以上のように 2014 年判決は重要な意義を有するが、瑕疵が追完可能である場合を対象とするものである。したがって、本判決の射程はそれ以外の場面<sup>523</sup>には及ばない。

### 3 小括

本節 1 の議論からは、次のことを指摘しうる。すなわち、ドイツでは、比例原則に基づき、売主の義務違反の際に買主に認められる救済手段相互の関係が比較され、救済手段を段階的に位置づける制度が構築されているということである。具体的には、買主は、まず売主に追完を請求することができるが、追完請求権が奏功しなかった場合には二次的請求権（損害賠償・代金減額・解除）を請求できる。ただし、義務違反が軽微なときには、買主による解除の請求が代金減額を請求したときに比べて売主に過大な不利益となることから、解除よりも代金減額が優先的な救済手段として位置づけられている。これらの本節 1 の議論をみると、救済手段の相互の関係を調整する比例原則の捉え方について学説の間に相違がみられるように思われる。そこで、次節では、救済手段の関係を比較する際にどのように比例原則が作用するのかを整理したのち、同原則の意義を検討したい。

次に、本節 2 では、軽微な義務違反の場合に解除権が制限される理由を確認した。まず、学説によると、BGB323 条 5 項 2 文の背後には契約違反とその法的効果が比例的でなければならないという思想が存在しており〔2(1)a～c の見解〕、同規定の目的が、些細な瑕疵の場合に完全な契約の清算による不均衡な制裁を回避することに求められる（a の見解）。学説の中には、BGB323 条 5 項 2 文には比例原則が表れていること等を指摘して、軽微な義務違反と認められる場面を BGB 旧 459 条 1 項 2 文よりも広く解釈する見解（c の見解）、解除を義務違反と制裁との衡量が行われる比例原則の一場面と位置づける見解もみられた

---

<sup>521</sup> Thomas Riehm, *Entscheidungsbesprechung, Aufsatz, Schuldrecht AT: Ausschluss des Rücktritts wegen Unerheblichkeit der Pflichtverletzung*, JuS 2015, S.68.

<sup>522</sup> Looschelders, a.a.O. (Fn.520), S.785.

<sup>523</sup> ①債務者が瑕疵の存在を知らずながら黙秘した場合（この場面の詳細は、青野博之「売買目的物の瑕疵と売主の悪意」駒沢法曹 4 号（2008 年）33 頁以下、萩原基裕「解除の可否をめぐる軽微な債務不履行と売主の悪意との関係について」大東法学第 68 号（2017 年）73 頁以下参照）、②債務者が契約締結の際に物の性質を保証した場合（NJW 2013, 1365, Rn.16.）、③瑕疵を除去できない場合が議論されている。



(d の見解)。判例も、2(1)a～c の学説を引用して、BGB323 条 5 項 2 文の意味及び目的が比例原則を守るために、「特に些細な瑕疵の場合に売主にとって通常は著しい不利益と結びつく契約の解消の法的効果を排除することにある」とする。他方で、判例は、BGB323 条 5 項 2 文の軽微性判断に関しては、立法者意思、同規定の意味及び目的や買主の権利体系、指針との適合性等を考慮し、瑕疵修補費用が売買価格の 5%を上回る場合には原則としてもはや軽微な義務違反とはいえない、と判断した。この軽微性判断に際しては、買主の給付利益が侵害されているか否かという点が重視されていたとみうる。

以上の第 2 節 2 の議論をまとめると、軽微な義務違反の場合に解除が認められないとする理由として、第 1 に、義務違反の程度に対して売主に過大な法的効果や不利益・制裁を排除することにみる立場と、第 2 に、買主の給付利益が侵害されていないために解除が認められないとの立場がみられる。それでは、両者はどのような関係にあるのだろうか。また第 1 の立場について比例原則という視点が考慮されている。しかし、比例原則の意義について学説・判例では明示されていないため、比例原則の一般理論を踏まえて、同原則の解除における意義と機能についてもまとめておきたい。

#### 第 4 節 解除権の制限における不均衡性・代替手段の考慮

##### 1 契約不適合における救済手段の相互比較における比例原則

###### (1) ここまでのまとめ

本章では、解除権の制限に際して比例原則がどのように用いられ、機能しているのかをみてきた。その結果、比例原則は、第 1 に、売主による契約に適合しない給付に対して買主に認められうる救済手段を段階的に位置づけ、解除とその他の救済手段を比較する際に用いられているとみうる。

まず、本章第 2 節 3 の議論によると、BGB323 条 5 項 2 文の形成過程には消費動産売買指令の影響がみられる。そして、同指令の理事会では、「比例性」の意味において指令 3 条 6 項が「些細な契約違反の事例における契約の解消を排除した」とする理解を基礎に据えていることがわかった。

続く第 3 節 1 では、この比例性の視点から複数の救済手段を比較する見解の内容を確認した。a や b の Stürner や Faber は、契約に適合しない給付において買主に認められうる追完請求権や代金減額、損害賠償、解除という救済手段の比較に際して比例原則を用いる。

つまり、比例原則が一方の救済手段と他方の救済手段から生じる売主の不利益を比較するとみる。例えば、買主が選択した一次的救済（追完）から生じる不利益が二次的救済（代金減額、損害賠償、解除）から生じる不利益と比べて明らかに高い場合には、前者の救済手段が認められない。この比例原則に基づく救済手段の比較は、二次的救済手段相互の関係においても妥当する。つまり、軽微な義務違反における買主の解除権の行使は、買主が代金減額を請求したときに比べて売主に過大な負担となりうる。その結果、代金減額が解除権よりも優先的な救済手段として位置づけられているとみうる。他方、c の **Schubert** は、比例原則に基づき「権利の行使が相手方に極端に過大な不利益を与えてはならない。権利者の利益を同じように顧慮し、または相手方に要求しうる他の重大でない措置が可能である場合には権利の行使が許されない」と説く。この見解では、比例原則が契約に適合しない給付における救済手段相互の比較に反映された結果、軽微な義務違反において買主による解除権の行使が売主に過大な不利益を与え、かつ買主が売主を侵害しない他の手段（代金減額、損害賠償）を行使しうる場合には解除権の行使が認められない、との帰結を導いているとみうる。

## (2) 比例原則の一般理論との関係性

以上のように、ドイツでは、比例原則を通じて契約に適合しない給付において債権者（買主）に認められる救済手段の相互の関係が比較され、段階的な救済体系が構築されている。そして、そこでは比例原則という視点が注目されているといえる。

第 2 章第 4 節によれば、民法領域においては、一般に均衡性の原則、必要性の原則の意義及び適用の可否が問題とされている。

本章第 3 節 1(1)a でみたように、**Stürner** は、比例原則を利益や法益を衡量する手段としての「均衡性の原則」の意味で捉える（なお、**Faber** は明確に述べていない）。その見解によれば、均衡性の原則とは、「比べる」ことを意味する原則であり、それ自体に内容を含んでいないとされる。この見解は、第 2 章第 3 節 1(1) a の比例原則の一般理論を踏まえて主張されているものとみうる。すなわち、**Stürner** によれば、契約法領域では比例原則のうち、厳格な手段制約となる「必要性の原則」は私的自治の原則と反するために適用されないとする。「必要性の原則」の観点では衡量は行われず、債権者にとって目的を達成するために代替的な手段があるかどうかは、「均衡性の原則」の範囲で衡量基準の一つとして考慮されるという。こうした **Stürner** の主張によれば、契約に適合しない給付に対して買主に認められる救済手段相互の関係について「均衡性の原則」が用いられるとみうる。その結果、軽微

な義務違反における買主の解除権の行使によって生じる売主の不利益と、代金減額や給付に代わる損害賠償といったその他の手段から生じる売主の不利益を比較するという意味で比例原則を用いていると理解することができる。

他方で、本章第3節1(1)cのSchubertは、比例原則から、「権利の行使が相手方に極端に過大な不利益を与えてはならない。権利者の利益を同じように顧慮し、または相手方に要求しうる他の重大でない措置が可能である場合には権利の行使が許されない」と述べている。第2章第3節1(1)h及び第2章第4節でみたように、この見解は、比例原則を「均衡性の原則」及び「必要性の原則」から構成されると理解しており、「権利の行使が相手方に過大な不利益を与えてはならない」という内容は「均衡性の原則」を指しているものとみられる。Schubertの見解では、「均衡性の原則」については、上記のStürnerの見解とは異なっており、それ自体が内容を有さない衡量手段としてだけでなく、2つの対象を比較し、「両者の間に不均衡があってはならない」という意味として捉えていると考えられる。これは、第2章第4節2(1)IIの比例原則の一般理論が解除の場面に具体化されたものとみられる。またSchubertの見解では、「相手方に要求しうる他の重大でない措置が可能である場合には権利の行使が許されない」としているところ、この主張は、比例原則の一般理論を踏まえると、「必要性の原則」（目的を達成するために複数の手段がある場合には相手方をより侵害しない手段を行使することを求める原則）を意味していると考えられる。

それでは、なぜ権利者は比例原則から相手方をより侵害しない手段を使用しなければならないのか。この点、第2章第4節の整理によれば、必要性の原則が妥当する理由として、当事者間の優越的な状況を重視する立場や、債務関係の当事者に妥当する信義則・信義則に基づく相手方への配慮義務に求める見解が主張されている。Schubertの見解は、なぜ相手方をより侵害しない手段が必要となるのかを明示していない点で不明確なところがある。ただし、同見解は、第2章第3節1(1)hでもみられたように、BGB242条（信義則）のコンメンタールにおいて比例原則を論じており、比例原則を信義則の下に位置づけている。そうすると、この見解は、買主が信義則に基づき売主の利益に配慮した行動をとらねばならないとみている可能性がある。そして、軽微な義務違反の場合には、買主が解除以外の救済手段によって利益を得ることができるのに、売主に過大な不利益を生じさせることから解除は認められないとする結論を導いていると考えられる。このような売主に不利益の少ない代替手段を考慮する意味での比例原則が債務法改正に際して考慮された結果、ドイツで

は買主の救済手段を段階づける制度が構築された（本章第 3 節 1(1) a）とみることができる。

## 2 軽微な義務違反における解除権の制限の目的と判断基準

### (1) BGB323 条 5 項 2 文の目的と判断基準

次に、本章第 3 節 2 でみたように、比例原則は、軽微な義務違反において解除権を制限する BGB323 条 5 項 2 文の目的及び判断基準に関しても議論されていた。同規定の目的については、次の 2 つの立場が見出される。

第 1 に、解除により生じる重大な法的効果、不利益、制裁の側面を排除し、それによって債務者を保護するために、軽微な義務違反において解除権が制限されるとする立場がある。第 3 節 2(1)の学説では、BGB323 条 5 項 2 文の目的を、些細な瑕疵の場合に完全な契約の清算を通じた不均衡な制裁を回避することに求める見解がみられた。また同規定が比例原則を表した規定であるために、BGB 旧 459 条 1 項 2 文よりも解除権が制限される範囲を広く捉える見解がみられた。第 3 節 2(2)の判例も、同節 2(1)a～c の学説を引用して、BGB323 条 5 項 2 文の意味及び目的が比例原則を守るために、「特に些細な瑕疵の場合に売主にとって通常は著しい不利益と結びつく契約の解消の法的効果を排除することにある」と判示する。この立場によると、軽微な義務違反の場合に重大な法的効果ないし不利益、制裁としての解除を排除し、債務者を保護することに重点が置かれている。そのため、第 3 節 1(1)c の見解が指摘するように、BGB323 条 5 項 2 文の軽微な義務違反が認められる範囲、すなわち解除権が制限される範囲が BGB 旧 459 条 1 項 2 文よりも広く捉えられるとみられる。

第 2 に、債権者利益の侵害の程度が少ないために解除が認められないとする立場がある。第 2 節で簡潔にみたように、ドイツでは解除の要件として債務者の帰責事由を不要としていることから、債権者を契約の拘束力から解放させる制度として解除を捉える見方がある。債務法改正の立法資料によると、この解除制度の目的と関連して、義務違反にもかかわらず債権者を契約に拘束しておくことが正当化される理由は、「債権者利益が根本的には侵害されていない」ことに求められていた。第 3 節 2(2)の判例も、BGB 旧 459 条 1 項 2 文を参照する立法者意思を根拠としつつ、追完を優先的に位置づけることによる売主の追完利益の保障、代金減額などの他の手段による買主の利益の確保、消費動産売買指針の影響などの多様な観点を考慮し、瑕疵除去費用が売買価格の 5%を超える場合には BGB323 条 5 項 2 文の軽微な義務違反とはいえない、と判示した。上記基準を超える場合には債権者利益が侵

害されていないとはいえないからである。この立場によると、債権者利益の侵害に重点を置いて軽微な義務違反の有無が判断されるところ、債務不履行に直面した債権者に契約の拘束力からの解放を原則として認めるならば、解除権が制限される範囲は限定的に解釈されるとみられる。

## (2) 比例原則の一般理論との関係性

以上(1)のドイツの議論からは、注目すべき視角が得られる。すなわち、ドイツでは、解除の要件から帰責事由が不要とされた債務法改正後も、軽微な義務違反の場合には重大な法的効果ないし債務者の不利益、制裁としての解除を認めないとする第 1 の立場がみられることである。第 1 の立場を解除制度の目的と整合的に説明するためには、次の見方が考えられる。つまり、解除とは、債務を履行しなかった債務者に対する不利益、制裁としての側面があるところ、債権者とはいえ、軽微な義務違反にすぎない債務者に過大な不利益ないし制裁を与えることは認められない、とする見方である。

そして、この第 1 の立場では、学説や判例では、些細な義務違反に対して重大な法的効果や不利益、制裁を回避することが重視されており、その際に「比例原則」が用いられている。それでは、この原則はどのような意義を有するのか。

このことを第 2 章で示した比例原則の一般理論を踏まえて検討する。本章冒頭でも指摘した通り、比例原則の一般理論を論じる中で、BGB323 条 5 項 2 文を比例原則の具体化とみる見解が多くみられた。すなわち、第 2 章第 3 節 1(1)では、軽微で結果的には影響が生じない義務違反や過失・瑕疵に対して明らかに不相当な法的効果であってはならない(i、k、l の見解)、あるいは権利の行使が他方当事者の行動に対して不均衡な対応であってはならない(j の見解)と述べた上で、その一例として BGB323 条 5 項 2 文があげられている。これらの見解では、比例原則の個別原則である「均衡性の原則」を義務違反や過失とそれに対する法的効果との衡量だけでなく、両者の間が不相当であってはならないという意味として捉えているとみうる(第 2 章第 4 節 2(1)Ⅱの立場)。そして、こうした意味での均衡性の原則が BGB323 条 5 項 2 文に反映された結果、解除権の制限において、同原則が「些細な義務違反に対して過大な法的効果や不利益、制裁を加えてはならない」という考え方として具現化されているのではないだろうか。具体的には、第 3 節 1(1)b・c の見解では、BGB323 条 5 項 2 文の背景には、「契約違反の法的効果が比例的でなければならない」とする思想があるとみるところ、この思想とは比例原則のことを意味していると考えられる。また第 3

節 1(1)d の見解では、比例原則の視点から「制裁とそれを引き起こした義務違反との関係が常に相当でなければならないわけではない」と述べていた。また第 3 節 2(2)の判例においても、この比例原則の一般理論が反映された結果、BGB323 条 5 項 2 文の目的が「軽微な義務違反に対して過大な法的効果や不利益、制裁を排除することにある」と理解されているとみることができる。

このようにドイツの解除権の制限に関する議論からは、債務法改正がなされた現在においても解除を制裁として捉える見方が有力に維持されている。そして、この見方の下で、比例原則（均衡性の原則）が義務違反と制裁との関係を衡量することによって、軽微な義務違反に対して過大な法的効果・制裁としての解除権を制限している考え方として具現化されているとみられる。この比例原則とは、義務違反と法的効果との関係を調整することで、BGB323 条 5 項 2 文の「軽微性」の判断基準を明確にする機能を有していると考えられる。

## 第6章 ドイツ及び日本の契約法における比例原則

本章では、第2章から第5章までみたドイツ法の議論を整理した上で、ドイツ契約法において比例原則がいかなる機能を有するののかについて検討する（第1節）。そしてドイツ法の検討を踏まえて、日本法の契約法の個別場面において比例原則が採用されうるのか、採用されうるとしていかなる機能を有すると考えられるのかについて考察する。その上で、日本法での個別場面での検討を通じて、日本民法の契約法領域においても比例原則の一般理論を構築しうる可能性を提示したい（第2節）。

### 第1節 ドイツの契約法における比例原則

#### 1 各章のまとめ

##### (1) 民法における比例原則の一般理論（第2章）

第2章第1節では、比例原則の生成と同原則の基本法や労働法領域への展開、そして個別原則の内容を確認した。これに続く第2節では、ドイツ民法の学説や判例をみることで私法・民法上の比例原則の重要性を示した。その上で、第3節では、私法・民法上の比例原則に関する一般理論について学説を中心に整理した。その結果、比例原則の基礎づけについて、大別すると、信義則の下で比例原則を位置づける立場（第3節1）、一方当事者が他方当事者の権利領域に一方的に介入する状況を重視する立場（第3節2）、比例原則の衡平・衡量としての性質を重視する立場（第3節3）がみられた。

これらの立場によって、比例原則を構成する個別原則の理解にも相違がみられた。まず、「適合性の原則」については契約法では一般的には取り上げられていない。その理由は、適合性の原則は、後述の「必要性の原則」の中で判断されることから独自の意義がないとされることが、契約法では当事者が自身の目的を達成するために適合的な手段を行使することが前提とされていることにある。そのため、契約法では「均衡性の原則」と「必要性の原則」が議論の対象となっていた。

まず前者の「均衡性の原則」が契約法に用いられる点では学説では見解の一致をみている。ただし、その意義については見解の相違がみられた。一つは、当事者間の対立する利益や法益を比べることのみを内容とする衡量手段と捉える立場である（第4節2(1)Ⅰ）。

もう一つは、均衡性の原則を、衡量だけではなく、「軽微な過失・義務違反に対して不相当な法的効果・対応や制裁であってはならない」「目的に対して手段が明らかに不相当であってはならない」と意義づける立場である（第4節2(1)Ⅱ）。

後者の「必要性の原則」については、権利者の利益を同様に顧慮し、かつその目的を達成するために適合的な手段が複数存在する場合には、相手方を最も侵害しない手段もしくはより緩やかな手段を行使しなければならないという意味として捉える見解がある。学説では、契約法領域における必要性の原則の適用を肯定する見解が多数説であり（第3節1及び2の立場）、債権者には目的を達成するために債務者をより侵害しない手段を選択する必要があるとの考え方が支持されている。その理由につき、債務関係に妥当する信義則・信義則に基づく配慮義務・忠実義務を根拠とする見解や（第3節1）、一方当事者の優越的地位・構造的格差を重視する見解がみられた（第3節2）。これに対して、厳格な手段制約である必要性の原則は私的自治の原則と対立するために契約法では適用されないとの指摘や（第3節3(1)a・b）、それに対する再反論も現れていた（第3節3(1)c）。

さらに、比例原則の一般理論に関する理解の相違は、その契約法における適用場面に関しても見解の相違も生じさせていた（第4節3）。

第3章以下では、このような民法における比例原則の一般理論が契約の有効性・履行・終了の各場面にどのように具体化されているのかを検討した。この個別場面では、比例原則に関する議論がみられるものの、その機能が詳細に述べられておらず、不明確なところがある。そこで、第2章第3節及び第4節で示した比例原則の一般理論と個別場面との関係性を検討することによって、個別場面における比例原則の運用と機能を明確化した。

## （2）約款条項の不当性判断（第3章）

まず第3章では、契約の有効性判断の一場面である約款条項の不当性判断における比例原則の運用と機能を検討した。ドイツ法では、BGB307条1項により、約款使用者がその相手方の利害を顧慮することなく、自己の利益のみを追求し、相手方を不相当に不利に扱う約款条項は信義則に反して無効とされる。この約款条項の不当性判断においては、第3章第2節の判例及び第3節の学説によれば、約款使用者の利益とそれに対する相手方の不利益との関係が衡量されていた。具体的には、相手方に対する義務違反や過失に対する制裁との関係性が衡量され、軽過失に対して極めて重大な制裁を付与する約款条項は無効と



なりうると理解されていた。この約款条項の不当性判断には、2つの点で比例原則が作用しているとみられる。

第1に、義務違反・過失と制裁との調整に関しては、「均衡性の原則」が反映されているといえる。第3章では、均衡性の原則の意義が明確に述べられていないところ、第2章第4節の比例原則の一般理論からはこの意義に関する2つの立場を考えることができる。一つは、約款使用者の利益とその相手方の不利益を衡量する手段と捉える立場である。もう一つは、均衡性の原則を衡量手段としてだけではなく、「義務と制裁との関係が不均衡であってはならない」「目的と手段が不相当であってはならず、軽過失に対して重大な制裁を加えてはならない」など一定の意味を含むものとして捉える立場である。第3章では、「約款使用者の相手方に課せられる義務と制裁は過剰介入の禁止に服する」と理解する判例（第3章第2節1【判例2・3】）や、「比例原則が顧慮されていない場合、特に極めて重大な制裁が軽過失と結び付けられる場合に」約款条項の不当性が認められるとする学説（第3章第3節1d・e・f）があるところ、多くの見解は後者の立場に立っているとみられる。

第2に、約款条項の不当性判断には、比例原則のうち「必要性の原則」も反映されているとみうる。第3章第2節1【判例2・3】や第3節1の学説によると、約款条項の義務違反の程度と制裁の重大性との衡量に際しては、約款使用者が約款を定めた目的がその相手方に不利益の少ない手段で達成できるか否かという要素も考慮されていた。つまり、約款使用者が相手方に不利益の少ない代替手段で目的を達成しうるにもかかわらず、相手方に過大な制裁を与える約款条項を定める場合、当該条項が無効になりうると理解されていた（第3章第2節1【判例2・3】）。この相手方に不利益の少ない代替手段の考慮は、比例原則の個別原則のうち「必要性の原則」が反映された結果であると考えられる。ただし、第3章の判例・学説では、代替手段の存在が考慮される理由については詳細に述べられていない。そこで、第2章の比例原則の一般理論からみると、代替手段の存在が考慮される理由は、信義則の配慮義務から説明されうる可能性を指摘した（第3章第4節2(2)）。

このように約款条項の不当性判断においては、約款使用者の利益と相手方の不利益との関係、具体的には「義務違反の程度に対して制裁が過大であるか否か」（均衡性の原則）、「約款使用者が目的を達成するために相手方に不利益の少ない他の手段があるか」（必要性の原則）という要素が考慮されている。そして、均衡性・必要性の原則から成る

比例原則が BGB307 条 1 項の「不相当に相手方を不利益に扱う」という不明確な一般条項の判断を明確化させる機能を有しているとみることができる。

### (3) 過大な負担を理由とする債務者の給付拒絶（第 4 章）

第 4 章では、契約の履行過程の一場面として、債権者の給付利益に比して給付の遂行に過大な負担が生じる場合の債務者の給付拒絶に関する比例原則の議論状況をみた。

第 4 章第 2 節では、現行法に多大な影響を与えたとされる債務法改正前の判例を整理した。判例からは、越境建築にかかる妨害排除請求権や仮登記抹消請求などの事案において、権利者の請求が BGB 旧 633 条 2 項 3 文（請負人の追完拒絶）・BGB251 条 2 項（原状回復義務の制限）の「一般的な法思想」に基づき排除されていたことが分かった。判例は、この法思想によれば、相手方が「不均衡で合理的には期待不可能な負担の下でのみその請求に応じうる場合には権利濫用」となるとする。

第 4 章第 3 節では、この判例法理（一般的な法思想）を考慮して債務法改正により形成された履行請求権に対する債務者の給付拒絶（BGB275 条 2 項）（同節 1）、買主や注文者の追完請求権に対する売主・請負人の追完拒絶（BGB439 条 4 項・BGB635 条 3 項）の議論状況をみた（同節 2・3）。その結果、これらの給付拒絶に関する規定は、当事者間の不明確な合意を補充する意義を有していること（同節 4）、給付拒絶が認められる場面を限定することによって、私的自治の原則との調和が図られていることを確認した。これらの給付拒絶の位置づけや正当化根拠に関しては、不能や信義則、権利濫用などのほかに、「比例原則」に言及する見解がみられた。もっとも、比例原則の内容は詳細に述べられておらず、その意義や機能は明確ではなかった。

そこで、第 4 章第 4 節では、第 2 章第 3 節及び第 4 節の比例原則の一般理論を踏まえて給付拒絶における比例原則の機能を検討した（第 4 章第 4 節）。この検討によると、給付拒絶においては次の点で比例原則が作用しているとみられる。

第 1 に、給付拒絶の可否を判断する際の「債権者の利益と債務者の不利益」との衡量に際しては、比例原則のうち「均衡性の原則」が反映されているとみうる。この均衡性の原則の意義については、第 2 章第 4 節 2(1)の比例原則の一般理論をみると、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担との衡量手段とみる立場と、衡量だけではなく両者の間に不均衡があってはならない、と意義づける立場が考えられる。このうち、第 4 章第 3 節の学説では、後者の意味で均衡性の原則を捉える見解が多数説を占めているとみられる。

第2に、給付拒絶の可否を判断する際には、「必要性の原則」が考慮されている可能性がある。給付拒絶の可否を判断する際には、債権者の給付利益が代金減額や解除といった他の手段で満足しうる否か（第4章第2節1【判例4】・第3節1(4)【判例1】）という要素も考慮されていた。売主の追完拒絶でも、買主の追完請求権が売主に過大な不利益となることから、代金減額、損害賠償、解除といった他の手段を行使すべきと説く見解もみられた（第4章第3節2(3)の見解）。これらの見解では、給付拒絶の可否を判断する際には、債務者にとって損害の少ない他の手段が存在するか否かという視点も考慮されているところ、明示はされていないものの、こうした代替手段の考慮は、比例原則の個別原則のうち「必要性の原則」が給付拒絶の場面で反映された結果ではないかと考えられる。

第4章の検討によれば、給付拒絶が正当化される理由は、債権者の権利行使が信義則に基づく債務者への配慮義務に違反することに求められるところ、均衡性の原則及び必要性の原則から成る比例原則は、信義則に基づく配慮義務違反の判断を明確化するための基準として機能すると考えられる。特に、給付拒絶の一般規定が存在しなかった債務法改正前では、比例原則が給付拒絶の判断枠組みを明確化することによって、給付拒絶の規定の形成へ至ったと考えられる。

#### （4）軽微な義務違反に基づく解除権の制限（第5章）

第5章では契約の終了過程の一場面として、売主の契約に適合しない給付が軽微であるときに買主の解除権を制限する旨を定めるBGB323条5項2文に関する議論状況を検討した。

第5章第2節では、BGB323条5項2文の立法過程には比例原則の視点が考慮されていたことを指摘した。そして、上記規定の債務法改正後の議論状況をみると、比例原則が2つの場面で解除権の制限に際して作用していることが明らかとなった。すなわち、一つが契約に適合しない給付に対して認められる救済手段のうち、解除とその他の救済手段とを比較する場面であり（第5章第3節1）、もう一つが軽微な義務違反に対して過大な法的効果・制裁としての側面を持つ解除権の行使を排除する場面である（第5章第3節2）。

前者の場面では、軽微な義務違反において買主による解除権の行使が売主にもたらす不利益と、買主が代金減額や給付に代わる損害賠償請求を行使した場合に生じる売主に不利益とを比較する際に比例原則が用いられるとの見解が指摘されていた（第3節1(1)の見解）。それでは、なぜ売主に不利益の少ない代替手段の存在が考慮されるのか。この点、

第5章の議論からでは明確でないところ、比例原則の一般理論を踏まえると、売主に不利益の少ない代替手段の存在の考慮は、信義則に基づく配慮義務から説明されうることを指摘した（第5章第4節1(2)）。このように契約に適合しない給付に対する救済手段を比較する意味での比例原則が解除の場面で具現化された結果、BGB323条5項2文に基づき軽微な義務違反の場合に解除が認められず、債権者（買主）は他の救済手段で利益を満足すべきとする救済手段の体系化が構築されたとみることができる。

後者の場面に関しては、学説（第5章第3節2(1)a～c）や判例（第5章第3節2(2)）では、BGB323条5項2文の目的につき、比例原則を守るために、特に些細な瑕疵の場合に売主にとって通常は著しい不利益と結びつく契約の解消の法的効果を排除することにあると理解されていた。第2章第3節1(1)i・j・k・lの見解及び第4節2(1)(II)の立場を踏まえると、ここでいう比例原則とは、同原則の個別原則のうち、「均衡性の原則」が些細な義務違反や過失に対して過大な法的効果や制裁を加えてはならないという考え方として具現化されたものとみられる（第5章第4節2(2)）。このようにBGB323条5項2文の目的に関して、比例原則の視点から軽微な義務違反に対して過大な法的効果や制裁が加えられてはならないという考え方がみられるところ、ドイツでは解除の要件から債務者の帰責事由を不要とされた債務法改正後においても解除を制裁として捉える立場が維持されている可能性がある。そして、均衡性の原則の意味での比例原則は、義務違反の程度と制裁の重大性を衡量することにより、BGB323条5項2文の「軽微性」の判断基準を明確にしようと考えられる。

## 2 契約法における比例原則の検討

以上の個別場面では、契約の内容形成や権利行使の制限に際して、比例原則の個別場面のうち「均衡性の原則」及び「必要性の原則」が適用されていることが分かる。以下では、それぞれの意義や機能について検討する。

### (1) 均衡性の原則

まず、比例原則の個別原則のうち、「均衡性の原則」についてみる。第3章以下で個別場面をみると、約款条項の不当性判断では、約款使用者の利益やその相手方の不利益、義務違反と制裁が衡量される。次に、第4章の給付拒絶の判断に際しては、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担との不均衡が問題となる。そして、第5章の解除権の制限では、解除から生じる売主の不利益と他の手段から生じる売主の不利益、義務違反と制裁

との関係が比較されている。これらの衡量に際しては、「均衡性の原則」が考慮されるとみられる。

それでは、この「均衡性の原則」とはいかなる意義を有するのか。比例原則の一般理論によれば、均衡性の原則につき、形式的な利益衡量手段であり、義務違反や制裁、利益と不利益とを比べるという意義のみを有するとみる立場がある（第2章第4節2(1)(I)の立場）。それに対して、均衡性の原則を、衡量だけではなく、「義務違反と制裁、目的と手段、債権者の利益や債務者の不利益などの間に不相当・不均衡な関係があってはならない」という意味として捉える立場がみられる（第2章第4節2(II)の立場）。

この一般理論を踏まえつつ、第3章から第5章までの個別場面をみると、上記IIの立場を支持する見解が多数であるように思われる。具体的には、第3章第3節1d・eでは、約款条項の不当性判断に際しては「必要性」や「均衡性」を顧慮しなければならないとみる見解がある。また第4章第3節4では、比例原則の厳格な適用が自己決定と矛盾する可能性が示唆されている。さらに、第5章第3節2(2)の判例では、BGB323条5項2文の意味は比例原則を守ることにあるとすると、そこでは軽微な義務違反に対して過大な制裁を加えてはならないという意味で同原則を捉えているとみうる。

確かに、第2章第3節2(1)dや第2章第3節3(1)aの見解によれば、比例原則は評価の基準を立てるものでもなく、それ自体具体的な結果が生じないとされる。またこの原則は、内容上の基準を有さないため、個別事例の評価を伴ってはじめて具体化されると主張する見解もある（第2章第3節2(1)b）。これらの見解によれば、均衡性の原則は、実質的な内容を有さない形式的な衡量手段としての意義のみを有することになる。

これに対して、第2章第3節1でみたように、比例原則を信義則の下で用いて、一方当事者の義務違反や過失と他方当事者の法的効果や制裁との間に不相当な関係があってはならないという意味として同原則を捉える見解が有力に主張されている（第2章第3節1(1)i・j・k・l）。そして、このような一般理論としての「均衡性の原則」が個別場面に反映され、軽過失に対して重大な制裁を課すような約款条項が不相当であってはならない

（第3章第2節【判例1】・第3節1d）、あるいは軽微な義務違反に対する法的効果・制裁が比例的でなければならない（第5章第3節2(1)a～c・(2)）という考え方として具現化されていると考えられる。また比例原則の一般理論では、「権利の行使が他方当事者の行動に対して不均衡な対応を意味するものであってはならない」という意味での均衡性の原則を捉える見解がみられた（第2章第3節1(1)k）。そして、この比例原則の一般理論が

給付拒絶の場面において反映された結果、同原則が「債権者の利益と債務者の不利益との間に著しい不均衡があってはならない」という考え方として表れているとみられる。

このように、均衡性の原則は、契約法の個別場面において義務違反・過失と制裁・法的効果との関係あるいは債権者の給付利益と債務者の給付に要する負担との間に不相当・不均衡な関係があってはならないという意義を有するものとして理解されているとみうる。そして、この原則は、契約の内容形成や権利行使の制限に際して作用し、約款条項が信義則に反して相手方を不相当に不利に扱う否か、債権者の権利行使が信義則に基づく債務者への配慮義務に違反するか否か、義務違反が軽微であり解除が過大か否かといった不明確な一般条項の判断基準の明確化に資する機能を有していると考えられる。

## (2) 必要性の原則

「必要性の原則」に関しては、契約法におけるその適用可能性をめぐって見解の対立がみられた（第2章第3節）。まずその適用が明確に肯定されていたのは、第3章の約款条項の不当性判断であった。つまり、約款条項が義務違反の程度に対して過大な制裁となるか否かを判断する際に、相手方の不利益の少ない代替手段の存在が考慮されていた。また必要性の原則が明示されていないものの、給付拒絶の可否を判断する際には債権者が損害賠償によって利益を満足するという事情が考慮されていた（第4章第2節2【判例4】、同章第3節1(4)【判例1】、第3節2(3)）。さらに解除の場面では、義務違反が軽微なときには解除権が制限されるところ、買主は解除以外に売主に損害の少ない代金減額によって利益を満足すべきであるとの考えを基礎に据える見解がみられた（第5章第3節1(1)c）。このように、契約法領域においては、契約の内容形成・権利行使の制限に際して、債権者の利益を同様に満足する一方で、債務者に負担の少ない手段の存在が考慮されているといえる。この代替手段の存在の考慮は、比例原則の個別原則のうち「必要性の原則」が反映されていると評価できる。そして、この必要性の原則に基づき代替手段が考慮される理由は、比例原則の一般理論を踏まえると、信義則に基づき債務者に配慮した行動をとる債権者の義務（信義則の配慮義務）に求められると考えられる。

契約法における必要性の原則の適用を肯定する見解に対しては、学説では、第2章第3節3(1)a・bの見解が指摘するように、必要性の原則が私的自治の原則に反するとの批判もみられる。これに対して、約款条項の不当性判断では、約款使用者が常に必要最小限度の手段を使用するのではなく、約款使用者の約款形成の自由も考慮されていた。また均衡性

の原則の範囲において代替手段が考慮されることは否定されていない（第2章第3節3(1)b）。実際、解除の場面では、解除により生じる売主の不利益と他の手段から生じる不利益が「均衡性の原則」の範囲で考慮されていた（第5章第3節1(1)a）。

それでは、「必要性の原則」の意義をどのように考えるべきか。この点、必要性の原則の否定説が指摘するように、権利者が目的を達成するために常に必要最小限度の手段を使用しなければならないとすると、権利者の手段選択の自由を認める私的自治ないし自己決定の原則と矛盾するとの指摘は正当である。そこで、約款条項の不当性判断において採用されていたように、私的自治の原則を考慮して、必要性の原則の意義を「債権者が債務者にとって不利益の少ない代替手段の存在を考慮しなければならない」ことを求める原則として理解することが妥当であると考ええる。

ドイツ法では必ずしも明確にはされていないが、この原則が考慮された結果、契約の内容形成や権利行使の制限の判断は、次のように行われると考えることができる。例えば、約款条項の不当性判断の場面では、約款使用者の利益とその相手方との不利益、具体的には義務違反と制裁との関係性が衡量される。この衡量に際しては、約款使用者が目的を達成するために相手方に不利益の少ない手段があるか否かが考慮される。もし、相手方の不利益の少ない手段が存在するとしても約款使用者は常に必要最小限度の手段を使用しなければならないわけではない。約款使用者の利益を考慮して、約款使用者が相手方に不利益の少ない代替手段があるにもかかわらず、現に使用しようとしている約款条項が義務違反の程度に対して「過大な制裁」となる場合には、当該約款条項を使用することは認められないというべきである。次に、給付拒絶の可否を判断する際には、債権者の利益と債務者の不利益との衡量が行われる。債権者の給付利益を判断する際には、債権者が給付結果を実現するために債務者に帰責事由がある場合には、損害賠償によって利益を満足しうるか否かという事情も考慮される。その結果、債権者の履行請求から得られる給付利益がわずかである一方、債務者に過大な負担が生じ、両者の間に著しく不均衡な関係が認められる場合には、債権者は債務者に不利益の少ない損害賠償で利益を満足すべきと評価される。こうした必要性の原則（代替手段の考慮）は、均衡性の原則と同様に、約款条項の不当性判断や給付拒絶の可否の判断を明確化する機能を有していると考えられる。さらに、解除権の制限に関する BGB323 条 5 項 2 文には、義務違反が軽微なときには解除が認められず、買主は代金減額や損害賠償といった売主に不利益の少ない他の手段で満足すべきであ

るとの視点が反映されているとみうる。ここでは、必要性の原則は規範形成に際して考慮され、救済手段を段階づける体系を構築する機能を有していると評価できる。

## 第2節 日本の契約法における比例原則

本節では、本章第1節のドイツ法の検討を通じて、日本の契約法にどのような示唆が得られるのかについて検討する。

日本法では、第1章でみたように、比例原則に言及する一部の見解が近時登場し、採用可能性を指摘する見解もある。しかし、ドイツ民法の議論状況のように一般理論としての比例原則を構築する動きはみられず、同原則が一般的に承認されているとはいえない状況にある。このような状況を踏まえて、日本民法において比例原則の一般理論を構築する前に、まずは個別場面において比例原則が採用されうるのか否かを検討してみたい。具体的には、第3章から第5章のドイツ民法で検討した各場面に相応する日本法の場面、すなわち約款規制、履行不能・履行請求権の限界、契約の解除権の制限において比例原則が採用しうるか否かということを検討していきたい。そして、日本法においてもドイツ法と同様の個別場面において比例原則の採用可能性を示すことができるならば、その結果、個別場면을統合した形で一般理論としての比例原則を日本の契約法においても構築しうる可能性があることを示してみたい。

以下では、まず日本民法の個別場面における比例原則の採用可能性を検討する。

### 1 約款条項の不当性判断

第3章でみたようにドイツ法では、約款条項の不当性判断に際して比例原則が考慮されているところ、日本法の同様の場面において同原則は採用されうるのか。この問題を検討するにあたって、日本民法における約款条項の不当性判断に関する議論状況を確認しておきたい。

#### (1) 公序良俗・信義則による約款規制<sup>524</sup>

---

<sup>524</sup> 以下の議論の概況を整理する際には、河上正二『約款規制の法理』（有斐閣、1988年）〔初出1985年〕61～107頁、306頁～317頁、大澤彩『不当条項の構造と展開』（有斐閣、2010年）〔初出2009年〕73頁以下を参照した。



約款条項の不当性判断に際しては、民法の一般条項として公序良俗や信義則による活用が考えられる。この試みは 1980 年代頃からみられるところ<sup>525</sup>、その後、免責約款に関して信義則や公序良俗の活用を指摘する見解<sup>526</sup>や、過大な違約金・賠償額の予定を公序良俗違反により無効と認める見解<sup>527</sup>、給付の均衡法理や公序良俗の弾力的活用を主張する見解<sup>528</sup>が登場した。さらに、約款規制に関する包括的な研究として、ドイツ法を参考に、裁判官による直接的な内容吟味を根拠づけるものが、顧客の喪失した契約内容形成への自由と、それに対する実質的な見返りとしての約款使用者側の相手方への適切な顧慮義務であるとする、法規上この考え方に最もなじむのは「信義則」であると指摘する見解<sup>529</sup>や、知的ないし経済的交渉力の格差を問題とする交渉力アプローチから内容規制のあり方を検討する見解<sup>530</sup>が現れた。もっとも、公序良俗や信義則では約款条項の不当性判断の解釈基準が不明確であるとの問題点が生じる<sup>531</sup>。

## (2) 消費者契約法における約款規制

そこでより明確な判断基準を提示する試みとして、1990 年代後半には消費者契約法の制定に向けた動きが加速した<sup>532</sup>。国民生活審議会消費者政策部会第 16 次部会中間報告（1998 年 1 月）は、消費者契約法における不当条項を「信義誠実の要請に反して、消費者に不当に不利益な契約条項」であるとした<sup>533</sup>。その後、第 16 次部会最終報告（1999 年 1 月）は、信義則の要請から、事業者が契約内容を形成する過程で不利な立場にある消費者の利益について適切に配慮する義務を負うこと、「事業者の定める契約条項が、消費者取

<sup>525</sup> 私法 44 号（1982 年）3 頁以下、山田卓生「約款規制」私法 44 号（1982 年）12 頁。

<sup>526</sup> 加藤一郎「免責条項について」同編『民法学の歴史と課題』（東京大学出版会、1982 年）227 頁以下。

<sup>527</sup> 能見善久「違約金・損害賠償額の予定とその規制(1)―(5・完)」法協 102 巻 2 号 249 頁以下、5 号 833 頁以下、7 号 1225 頁以下、10 号 1781 頁以下、103 巻 6 号 997 頁以下（1985～86 年）。

<sup>528</sup> 大村敦志『公序良俗と契約正義』（有斐閣、1995 年）〔初出 1987 年〕。

<sup>529</sup> 河上・前掲注(524) 393 頁。

<sup>530</sup> 山本豊『不当条項規制と自己責任・契約正義』（有斐閣、1997 年）〔該当箇所の初出 1980 年〕75 頁。

<sup>531</sup> 最判昭和 62 年 2 月 20 日民集 41 巻 1 号 159 頁。これ以降のものであるが、最判平成 5 年 3 月 30 日民集 47 巻 4 号 3262 頁、最判平成 15 年 2 月 28 日民集 209 号 243 頁等。河上・前掲注(524)269～282 頁、295～306 頁。

<sup>532</sup> 国民生活審議会の審議の経過に関しては、山本敬三・前掲注(25)「消費者契約立法」15 頁以下（以下、山本豊「消費者契約法 10 条の生成と展開——施行後 10 年後の中間回顧」NBL959 号（2011 年）10 頁以下を参照。

<sup>533</sup> 第 16 次部会中間報告 28 頁。

引の信義則に照らして消費者に不当に不利益なものであると判断される場合には、その効力は否定されるべきである」ことを示した<sup>534</sup>。これに続く第17次部会報告（1999年12月）は、8つの不当条項リストとこれに該当しない場合の不当条項規制に関する一般規定案を採用した<sup>535</sup>。この規定案は、「その他、正当な理由なく、民法、商法、その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合よりも、消費者の権利を制限することによって又は消費者に義務を課すことによって、消費者の正当な利益を著しく害する条項」と定める。同案の「正当な理由」とは、「その条項を有効とすることによって消費者が受ける不利益が大きければ大きいほど、それを無効とすることによって事業者が受ける不利益が重大なものでなければならない」ということを意味し、両者の利害が均衡しているならば、『正当な理由』があるとされ、均衡を失っているならば、『正当な理由』がないとされる<sup>536</sup>。この均衡性の考え方は、第16次部会報告で示された事業者が消費者に負う配慮義務と共通する発想に基づき、それによると、「消費者が大きな不利益を受けるような条項は、原則として契約の中に定めては」ならないとされる<sup>537</sup>。そして、こうした衡量の基礎にあるのは「比例原則」であるとの指摘がなされる<sup>538</sup>。その後、2000年4月28日に消費者契約法が成立した。第17次部会報告と消契法10条には次の相違点が存在する。すなわち、前者では「消費者の正当な利益を著しく害する条項」という文言であったのに対し、後者では「民法第1条第2項に規定する基本原則に反して」や消費者の利益を「一方的に害する」という文言が入っている。しかし、この変化がいかなる考慮に基づくのかを明らかにする立法資料がない<sup>539</sup>と指摘される。

このような経緯を経て制定された消費者契約法10条では、「法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比し、消費者の権利を制限し、又は消費者の義務を加重する消費者契約の条項<sup>540</sup>」という前段要件と、「民法第1条第2項に規定する基本原則に反し

---

<sup>534</sup> 第16次部会最終報告37頁。

<sup>535</sup> 第17次部会報告14頁以下。

<sup>536</sup> 山本敬三・前掲注(25)「消費者契約立法」23頁。

<sup>537</sup> 山本敬三・前掲注(25)「消費者契約立法」23頁。

<sup>538</sup> 山本敬三・前掲注(25)「消費者契約立法」31頁。

<sup>539</sup> 山本豊・前掲注(532)12頁。

<sup>540</sup> 最判平23年7月15日民集65巻5号2269頁では、「明文規定のみならず、一般法理等も含んだ」任意規定からの乖離の程度が消契法10条前段の判断の対象になりうるとした。これを受けて、平成28年6月3日に成立した消費者契約法の一部を改正する法律（平成28年法律第61号）では、「民法、商法、その他の法律の」という文言が削除され、前段要件が「消費者の不作为をもって当該消費者が新たな消費者契約の申込み又はそ

て消費者の利益を一方的に害するものは無効とする」という後段要件との関係が議論されている。多くの学説<sup>541</sup>及び裁判例<sup>542</sup>は、消費者契約法 10 条の無効を判断する際に両要件を別個に解しており、後段こそが 10 条の要諦であるとの見解も主張されている<sup>543</sup>。

それでは、10 条後段要件該当性をどのように判断するのか。判例によれば、「消費者契約法の趣旨、目的に照らし、当該条項の性質、契約が成立するに至った経緯、消費者と事業者との間に存在する情報の質及び量並びに交渉力の格差その他諸般の事情を総合考慮して判断がなされる<sup>544</sup>。学説も、「約款使用による一元的処理を通じての取引の合理化・効率化の要請を考慮に入れて、不当性判断することが認められていること」と、個別事情を考慮することとは矛盾しないと主張する<sup>545</sup>。

そうすると、諸般の事情や個別事情を考慮した上でいかなる場合に契約条項が信義則に反するのが問題となる。この点に関して、第 16 次報告が示した事業者が消費者に負う配慮義務を手がかりに、その基礎には「自己の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しないような態度は許されない」という考え方があり、「正当な理由もなく、双方の利益の間に不均衡をきたし、その意味での均衡性ないし相互性を破るような」条項が信義則に違反するとみる見解がある<sup>546</sup>。さらに、この見解を参考に、消費者契約法における信義則の要請とは、「立法趣旨からして消費者と事業者の情報格差・交渉力格差を是正する原理としての均衡性原理にもとづくもの」とし、「その条項を無効とすることにより事業者の受ける不利益が、その条項を有効とすることにより消費者の受ける不利益と同等以上のものでなければ、その条項は『消費者の利益を一方的に害する』ことになる」と主張する見解もみられる<sup>547</sup>。裁

---

の承諾の意思表示をしたとみなす条項その他の法令中の公の秩序に関しない規定の適用による場合に比して消費者の権利を制限」する条項という要件に変更された。

<sup>541</sup> 落合誠一『消費者契約法』（有斐閣、2001 年）149 頁、山本豊・前掲注(532)18 頁、中田裕康「消費者契約法と信義則論」ジュリ 1200 号（2000 年）74 頁、道垣内弘人「消費者契約法 10 条による無効判断の方法」野村豊弘先生古稀『民法の未来』（商事法務、2014 年）378 頁。

<sup>542</sup> 裁判例については、道垣内・前掲注(541)379～385 頁に詳しい。

<sup>543</sup> 山本豊「消費者契約法（3・完）」法教 243 号（2000 年）62 頁。

<sup>544</sup> 最判平成 23 年 7 月 15 日民集 65 巻 5 号 2269 頁。

<sup>545</sup> 道垣内・前掲注(541)392～393 頁。

<sup>546</sup> 山本敬三『契約規制の現代化 I ——契約規制の現代化』（商事法務、2016 年）〔該当箇所の初出 2001 年〕265～266 頁。

<sup>547</sup> 中田邦博・前掲注(25)39 頁以下、日本弁護士連合会消費者問題対策委員会編『コンメンタール消費者契約法』（商事法務研究会、第 2 版、2015 年）〔初版 2001 年〕202 頁。山本敬三・前掲注(25)「消費者契約立法」23 頁、31 頁及び上記中田見解及び日本弁護士連合会消費者問題対策委員会の見解を要約するものとして、潮見編・前掲注(37)『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』91 頁〔松岡〕。同旨の見解として、山本健司「契約

判例も、「当該契約条項を有効とすることにより消費者が受ける不利益と当該契約条項を無効とすることにより事業者が受ける不利益との衡量」という基準を明示するものや<sup>548</sup>、事業者の不利益も考慮した上で消費者に契約条項が一方的に不利益を与えているか否かを判断するものがある<sup>549</sup>。

さらに注目すべき見解として、不均衡性の判断基準に関連して、問題の条項自体の合理性や、「その条項を設けることが不利益回避の手段として合理的であるか（目的合理性）、その条項以外に事業者の不利益回避の方法はないか（必然性）、他の代替的条項がある場合それと比較して消費者に与える不利益が最小のものといえるか（相当性）」という基準が考えられるが、「かなりの部分は不利益の均衡性要素と重なりうるものであり、今後の理論的整理を要する」との指摘がなされる<sup>550</sup>。裁判例でも、継続保険料の不払いに対する無催告失効条項に関して、当該条項を無効にすることによって保険者が被る不利益は、催告に関する約款の規定を置けば容易に回避できるため、さしたるものではないとして事業者の代替的な手段の存在を考慮して、当該条項を無効と判断したものがある<sup>551</sup>。しかし、こうした代替手段が考慮される理由は、これまで十分には議論されていないといえよう。

### （3）民法改正論議における約款規制

約款規制は民法改正論議の俎上にも載せられた<sup>552</sup>。改正民法は、約款規制の対象を定型約款に限定する<sup>553</sup>。定型取引を行うことを合意した者が、「定型約款を契約の内容とする旨の合意」または「定型約款を準備した者があらかじめその定型約款を契約内容とする旨を相手方に表示」すれば、約款の個別条項について合意したものとみなされる（改正民法 548 条の 2 第 1 項）<sup>554</sup>。ただし、「前項の規定にかかわらず、同項の条項のうち、相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、その定型取引の態様及びその実情並び

---

適合性判定権条項など 4 型の契約条項について」別冊 NBL 128 号（2009 年）22 頁、道垣内・前掲注(541)393～394 頁等。

<sup>548</sup> 大阪高判平成 22 年 3 月 11 日判決（平成 20（ワ）3152）。

<sup>549</sup> 東京地判平成 15 年 11 月 10 日判時 1845 号 78 頁。

<sup>550</sup> 潮見編・前掲注(37)『消費者契約法・金融商品販売法と金融取引』91 頁〔松岡〕。

<sup>551</sup> 東京高判平成 21 年 9 月 30 日判タ 1317 号 72 頁。

<sup>552</sup> 議論の経過については、森田修「『債権法改正』の文脈——新旧両規定の架橋のために」法教 434 号（2016 年）87～91 頁を参照した。

<sup>553</sup> 潮見佳男『民法（債権関係）改正法案の概要』（金融財政事情研究会、2015 年）204～205 頁。

<sup>554</sup> 定型約款のみなし規定の問題点は、河上正二「『約款による契約』と定型約款」河上正二責任編集『消費者法研究第 3 号』（信山社、2017 年）20 頁以下に詳しい。

に取引上の社会通念に照らして民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものについては、合意をしなかったものとみな」される（同条 2 項）。この規定は、「相手方の権利を制限し、又は相手方の義務を加重する条項であって、当該定型取引の態様及びその実情並びに取引上の社会通念に照らして民法第 1 条第 2 項に規定する基本原則に反して相手方の利益を一方的に害すると認められるものは」、定型約款の内容に含まれないとした要綱仮案を踏襲したものである<sup>555</sup>。

この文言は、「取引上の社会通念」という部分を除くと、消費者契約法 10 条と極めて類似している。ただし、改正論議では、「消費者契約以外の事業者間取引にも適用される可能性のある規定であるとするならば、消費者契約法とはやはり違う、つまり無効になる範囲がより限定されるような規定であることが必要ではないか」との意見が出されている<sup>556</sup>。この見解も踏まえると、消費者契約法 10 条と改正民法 548 条の 2 第 2 項はほぼ同様の文言ではあるが、約款の組み入れに関するみなし合意が具体的にいかなる基準の下で否定されるのかは、解釈上の問題点として残されているといえることができる。

#### （4）約款の不当性判断における比例原則の採用可能性

以上(1)～(3)の日本法の議論状況を踏まえて、日本法における比例原則の採用可能性及び採用されうる場合の同原則の機能について検討してみたい。

##### （a）義務違反と制裁との衡量における均衡性の原則

まず約款規制の判断枠組みに関して日独法を比較する前提として、改めてドイツ法の議論を簡単に振り返る。ドイツでは、BGB307 条 1 項により相手方を不当に不利に扱うことになる約款条項は信義則に反して無効になると解されていた。この無効判断においては、約款使用者の利益と相手方の不利益との不均衡性が衡量される。具体的には、比例原則を構成する原則のうち、均衡性の原則からは「義務違反に対して過大な制裁であってはならない」との考えが導かれていた。さらに、約款条項の不当性を判断する際に、必要性の原則から「約款使用者が目的を達成するために相手方に不利益の少ない代替手段を使用しなければならない」と理解されていた。

---

<sup>555</sup> 部会資料 83-1 第 28 の 2（PDF 版）46 頁。

<sup>556</sup> 第 96 議事録 PDF 版 45 頁（山本敬三委員発言）。山本敬三「改正民法における『定型約款』の規制とその問題点」河上編・前掲注(554) 63 頁以下も参照。

それでは、日本法の約款条項の不当性判断において、義務違反と制裁との衡量（均衡性の原則）は採用されうるだろうか。まず日本法では、不当条項とは「信義則」に反して相手方の利益を一方的に害する条項であるとされ（消費者契約法 10 条及び改正民法 548 条の 2 第 2 項）、約款規制の根拠として「信義則」が重視されている点でドイツ法との共通性を有する。そして、信義則が考慮される理由は、約款使用者側の相手方への適切な顧慮義務に基づくこととされ（本節(1)）、この顧慮・配慮義務の基礎には「自己の利益のみを考えて、相手方の利益を配慮しないような態度は許されない」という考え方があるとみる（本節(2)）。この配慮義務とは、ドイツ法の理解によれば、事業者だけに限らず、約款使用者が相手方の義務違反に対して過大な制裁を課す約款条項を設けるなど、相手方の利益に配慮することなく、自身の利益を追求することは認められないという考え方と理解することができる。そして、この考え方に基づき、相手方を一方的に害するか否かを判断する際には、消費者契約法 10 条では約款条項を有効とすることにより消費者が受ける不利益と約款条項を無効とすることにより事業者が受ける不利益との衡量が行われる。(2)の見解によれば、この衡量の基礎には「比例原則」があるとされる。以上のように、約款規制の根拠としての信義則やその配慮義務違反の判断枠組みに関して日独法の議論状況の共通性が認められる。その結果、日本法においても一部見解が指摘するように、約款条項の不当性判断において比例原則が採用されると考えられる。ここでいう比例原則とは、義務違反に対して過大な制裁を加えてはならないという意味として理解されうる。そして、この原則は、義務違反と制裁との衡量を通じて、信義則を基準とする約款規制（消費者契約法 10 条・改正民法 548 条の 2 第 2 項）の判断を明確化させる機能を有するとみられる。

#### (b) 必要性の原則による約款使用者の相手方に不利益の少ない代替手段の考慮

次に、日本法では、約款使用者の相手方に不利益の少ない代替手段の存在（必要性の原則）が約款条項の不当性判断に際して考慮されるだろうか。(2)の通り、約款条項の不当性判断に際して「その条項以外に事業者の不利益回避の方法はないか」「ほかの代替的手段がある場合それと比較して消費者に与える不利益が最小のものといえるか」などの基準が考えられると指摘されているものの、議論の必要性が提示されるにとどまっていることから問題となる。

まず日本法においても代替手段の存在を考慮すべきか。そもそも約款取引では、相手方は約款の内容を知らないまま契約を締結することも多く、さらにその内容を交渉する余地が

ないという特殊事情が内在しているといえる。このことを踏まえると、相手方の不利益の少ない代替手段の存在を考慮した上で、相手方に過大な不利益を与える約款条項の不当性を認めることによって、相手方の保護を図ることが望ましいと考えられる。

それでは、代替手段を考慮すべきであるとして、どのような手法が採用されるべきか。理論的には、上記のように約款使用者の相手方（消費者）に与える不利益が最小の手段を使用しなければならないとする手法も考えられる。しかし、このような手法では、約款使用者に認められている約款形成の自由と抵触することから妥当でない。ドイツ法の第 3 章第 3 節 1 の学説 f・g のように、約款使用者の約款形成の自由を考慮するならば、次のような手法が考えられる。すなわち、約款使用者が相手方の不利益の少ない代替手段でも目的を達成する一方で、現に使用しようとしている約款条項が「相手方に過大な不利益を与える」場合、具体的には約款条項が軽微な義務違反や過失に対して過大な制裁となる場合に、約款条項の不当性が認められるとの手法である。このように約款条項の不当性が認められる場合を、相手方に「過大な不利益を与える」場面に限定することにより、約款使用者の約款形成の自由と相手方の保護との調和が図られると考えられる。

その上で、この結論を採る場合に、代替手段を考慮すべき根拠をどのように考えるべきか。第 3 章第 4 節 2 のドイツ法の議論からは、第 1 に、約款使用者の一方が強大でかつ劣位にある相手方の負担で自己の利益を貫徹する状況を重視する立場が考えられる。この立場から日本法の議論をみると、消費者契約において、事業者が劣位にある消費者の負担で一方的に約款条項を設定し、消費者の自己決定が喪失している場合には、消費者契約法 10 条において代替手段の存在が考慮されると考えられる。また定型約款に関する改正民法 548 条の 2 第 2 項においても、一方当事者が強大で他方当事者が劣位にある場合には、代替手段の存在が考慮されうるといえよう。他方で、ドイツ法の議論からは、第 2 に、信義則の配慮義務に基づき、相手方に不利益が少ない他の手段の存在を考慮する立場がみられる。この立場によると、約款使用者が相手方に配慮することなく、相手方に過大な不利益を与える約款条項を設定することは濫用的であると評価される。こうした状況は、消費者・事業者間や事業者間に不平等な関係がある場面だけでなく、約款を使用する場面全体において生じうる。そうすると、この立場では、約款規制が行われる場面では代替手段の存在が考慮されると考えられる。

当事者間に不平等な状況がある場合だけでなく、約款条項が設定される場面一般において代替手段が考慮されるとするならば、約款規制における代替手段の存在の考慮を統一的

に把握できる根拠として、後者の立場が妥当であると考えられる。

## 2 過大な負担を理由とする債務者の給付拒絶

次に、契約の履行過程の一場面である過大な負担を理由とする債務者の給付拒絶において比例原則が採用されうるか、採用しうるとしてどのような機能を果たすのかを検討していきたい。

### (1) 日本法の議論状況

まず日本法の伝統的な債権法理解によれば、債権者は契約その他の債務の発生原因に基づき債務者に対して履行請求権を有する。そして、債務者はこの請求権に対応した給付義務を負う。もっとも、債務者が給付義務を完遂するためには債権者の給付利益に比して費用や労力などの過大な負担を負うことがある。このような場合、債務者は給付義務から免責されうると考えられてきた。

履行請求権の行使が債務者に過大な負担となる場合には、伝統的には、社会通念や取引通念に照らして不能であると理解されてきた<sup>557</sup>。こうした履行不能の内実は、債務者による債務の実現についてもはや「期待可能性(Zumutbarkeit)がない」ことと理解する見解もある<sup>558</sup>。近時の見解では、履行不能の判断基準につき、債務関係の内容と性質に照らして「給付に伴う債務者の負担」と「債権者の利益」を衡量し、その比較の中で両者に著しい不均衡がある場合には債権者の履行請求を権利濫用と評価するものがある<sup>559</sup>。そして、この債権者の利益と債務者の不利益との衡量枠組みは、わが国の「不能」の判断においても有用であるとする<sup>560</sup>。また債権者の利益に対して債務者のコストが著しく均衡を失するほど過大なものである場合には、「債権者は履行に代わる損害賠償を債務者から得ることで満

---

<sup>557</sup> 於保不二雄『債権総論』（有斐閣、新版、1972年）104頁、林良平ほか『債権総論』（青林書院新社、改訂版、1982年）88頁〔林良平執筆〕、松坂佐一『民法提要 債権総論』（有斐閣、第4版、1982年）79頁、奥田昌道編『（旧）注釈民法(10)債権(1)』（有斐閣、1987年）333頁〔北川善太郎執筆〕。

<sup>558</sup> 於保・前掲注(557)104頁。奥田昌道『債権総論』（悠々社、増補版、1992年）144頁。

<sup>559</sup> 潮見・前掲注(339)『契約法理の現代化』339頁以下、特に366頁以下、同『債権総論 I 債権関係・契約規範・履行障害』（信山社、第2版、2003年）163~167頁、同『プラクティス民法 債権総論』（信山社、第4版、2012年）69~71頁、同・前掲注(26)『新債権総論 I』285~286頁。吉政・前掲注(12)208頁以下、

<sup>560</sup> 潮見・前掲注(559)『プラクティス民法』70頁参照。



足すべきであって、債務者に高額の出費と強いることになる給付結果そのものの実現（本旨履行）に固執すべきでない」との見解が主張される<sup>561</sup>。さらには、第1章第1節1(2)でみたようにドイツにおける履行請求権の排除の理由を「比例原則」に求め<sup>562</sup>、日本法におけるその採用可能性を示す見解がある<sup>563</sup>。

契約法各論に目を移すと、売買契約では、契約責任説の立場から、売主の瑕疵修補義務が「現実賠償」としての性格を有することを前提に、売主の負うべき損害賠償と修補費用とを比較して売主に不相当な負担を課す場合に当該義務を否定する見解がある<sup>564</sup>。賃貸借契約では、当事者の給付の均衡に着目した経済的な公平の見地から賃貸人が修繕義務を負わない場合があるとする<sup>565</sup>。さらに、請負契約では、現行民法634条1項ただし書が修補に過大な費用を要する場合に注文者の瑕疵修補請求権が制限される旨を定める。同条項の立法理由は、瑕疵修補ではなく損害賠償に止めることが一般経済上必要であり、便利であることにあることのほか<sup>566</sup>、請負人に酷な結果を生じさせることにあるとされる<sup>567</sup>。また、請負人に新規製作義務を認めた上で一定の場合に当該義務を限定づける主張がある。この義務の制限は、「期待不可能な給付から請負人を保護するという根本思想」から導か

---

<sup>561</sup> 潮見・前掲注(26)『新債権総論I』286頁。同・前掲注(559)「債権総論」166頁でもすでに同様の指摘がなされている。

<sup>562</sup> 吉政・前掲注(12)254頁。

<sup>563</sup> 吉政・前掲注(12)262頁。

<sup>564</sup> 森田宏樹『契約責任の帰責構造』（有斐閣、2002年）197頁（「第三編 売買契約における瑕疵修補請求権—履行請求権、損害賠償請求権又は解除との関係」）244頁以下（初出1990年）。森田説を支持する見解として、磯村保ほか『民法トライアル教室』（有斐閣、1999年）317頁〔磯村保執筆〕。山本敬三「契約の拘束力と契約責任論の展開」ジュリ1318号（2006年）99頁は、森田説について、履行請求権を「割り当てられた利益や価値の取得を実現するための手段」と捉えた結果、「当初の契約によって各当事者に割り当てられた利益や価値の範囲…を超えた負担をもたらすような『完全な』履行請求は認められない」との帰結を導いていると分析する。

<sup>565</sup> 星野英一『借地・借家法』（有斐閣、1969年）619～620頁。幾代通＝広中俊雄『新版 注釈民法(15)債権(6)』（渡辺・原田執筆）213頁以下は、「新築と同視されるほどの費用を要する場合」を経済的不能に分類し、そのほかの場合は「経済的な公平の見地から修繕義務がない」とする。

<sup>566</sup> 廣中俊雄編『民法修正案（前三編）の理由書』（有斐閣、1987年）611～612頁。

『法典調査会民法議事速記録四』（商事法務研究会、1984年）544頁～546頁（穂積陳重委員発言）は、民法634条1項但書の由来となった諸国の規定につき、「理屈上出タコトデナイ、サウスル方ガ便利デアルト云ウ方カラ出来テ居ルデアラウト思フ」と述べる。

<sup>567</sup> 梅謙次郎『民法要義卷之三』（和仏法律学校、1901年）697～698頁。

れ、その法的根拠は究極的には信義則に、直接的には「信義則の具体化ともいい得る民法 634 条 1 項但書の類推に依拠」できるとされる<sup>568</sup>。

契約外の場合では、物権的妨害排除請求権の行使が、社会経済上の損失を理由に履行不能と評価する見解<sup>569</sup>、当該請求権の行使によって除去により受ける利益より妨害者が被る不利益が大きい場合に権利濫用と評価する見解がある<sup>570</sup>。

以上の議論状況からは、債務者の負担や経済的な利益に着目して履行請求権を限界づける見解がある一方で、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担との衡量によって信義則や権利濫用、比例原則を根拠に履行請求・追完請求権を制限する見解もみられる。

## (2) 改正民法における規律

上記(1)の通り、履行請求権の限界事由の判断については、債権法総則では履行不能で解釈する一方で、請負契約では現行民法 634 条 1 項が修補義務の限界を規律していた。これに対して、改正民法では、現行民法 634 条 1 項ただし書が削除される<sup>571</sup>。そして、中間試案の段階では、同条の趣旨を一般化する形で、「履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過分なものである」とときには、債権者が履行請求権を行使できないとする規定案が構想された<sup>572</sup>。これは、BGB275 条 2 項と類似した規定であり、同規定を意識して形成されたものとみうる。しかし、その後中間試案は採用されるに至らず、改正民法 412 条の 2 第 1 項では、「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照

---

<sup>568</sup> 原田剛「注文者の瑕疵修補請求権」同『請負契約における瑕疵担保責任』第 1 部第 1 章（成文堂、補訂版、2009 年）〔初出 1997~98 年〕50~52 頁。

<sup>569</sup> 大判昭 11 年 7 月 10 日民集 15 卷 1481 頁。

<sup>570</sup> 最判昭 43 年 11 月 26 日判時 544 号 32 頁、横浜地判昭 55 年 1 月 31 日判時 966 号 87 頁、佐賀地判平成 7 年 11 月 24 日判時 1548 号 132 頁。裁判例については、菅野耕毅『権利濫用の理論——民法の研究 V』（信山社、2002 年）250 頁以下に詳しい。

<sup>571</sup> これに対して、民法 634 条 1 項ただし書を存置すべきとする見解として、法制審議会民法（債権関係）部会第 94 回議事録 41 頁（潮見佳男委員発言）、43 頁（山本敬三委員発言）。

<sup>572</sup> 【第 9 履行請求権等 2 契約による債権の履行請求権の限界事由】

契約による債権（金銭債権を除く。）につき次に掲げるいずれかの事由（以下「履行請求権の限界事由」という。）があるときは、債権者は、債務者に対してその履行を請求することができないものとする。

ア 履行が物理的に不可能であること。

イ 履行に要する費用が、債権者が履行により得る利益と比べて著しく過分なものであること。

ウ その他、当該契約の趣旨に照らして、債務者に債務の履行を請求することが相当でないと認められる事由

らして不能」の場合に債務の履行を請求できないとされた。現行民法 634 条 1 項ただし書の削除や立案の経緯に基づく<sup>573</sup>、この不能の概念には「債権者の受ける利益に比して債務の履行に過大な費用を要する」場面も含まれると理解される<sup>574</sup>。つまり、改正民法 412 条の 2 第 1 項の不能の解釈においては、現行民法 634 条 1 項ただし書の基礎に据えられていた債権者の利益（瑕疵の些少性）と債務者の不利益（瑕疵の修補費用）との衡量の枠組みが持ち込まれるとされる<sup>575</sup>。また追完請求権の限界事由<sup>576</sup>も改正民法 562 条 1 項ただし書<sup>577</sup>の場合を除いては、改正民法 412 条の 2 第 1 項の不能に含まれることになる。

### (3) 履行請求権の制限の判断における比例原則の採用可能性

以上(1)～(2)の日本法の議論状況を踏まえて、日本法における比例原則の採用可能性について検討してみたい。

#### (a) 債権者の利益と債務者の不利益との衡量における均衡性の原則

まず(1)でみたように、日本の改正民法の施行前の状況においては、債務者の給付に伴う負担が過大な場面に、債権法総則や契約法各論などの場面では解釈によって債務者の給付義務からの免責が認められていた一方、請負契約では現行民法 634 条 1 項ただし書に規定が設けられていた。この同条項をみると、注文者の瑕疵修補請求権の制限が、瑕疵修補の些少性と過分の費用という 2 つの要件の下で判断されるところ、そこでは「債権者の利益」と「債務者の不利益」を衡量するという基本的考え方が具体化されているとみうる<sup>578</sup>。そして、この衡量枠組みは、第 4 章でみたドイツ法の給付拒絶と類似の判断構造を採用するも

<sup>573</sup> 潮見・前掲注(553)『民法（債権関係）改正法案の概要』54 頁。

<sup>574</sup> 法制審議会民法（債権関係）部会第 90 回議事録 44 頁（金関係官発言）。履行請求権とその限界事由に関する立法経緯については、田中洋「債権法改正立法資料集成(1) 履行請求権とその限界」民商法雑誌 154 巻 4 号（2018 年）851 頁以下を参照。

<sup>575</sup> 潮見佳男「追完請求権に関する法制審議会民法（債権関係）部会審議の回顧」高翔龍ほか編『日本民法学の新たな時代——星野英一先生追悼』（有斐閣、2015 年）712 頁～713 頁参照。

<sup>576</sup> 追完請求権とその限界に関する立法経緯は、潮見・前掲注(575)「追完請求権」672 頁以下に詳しい。

<sup>577</sup> 【改正民法 562 条】（買主の追完請求権）

1 項「引き渡された目的物が種類、品質又は数量に関して契約の内容に適合しないものであるときは、買主は、売主に対し、目的物の修補、代替物の引渡し又は不足分の引渡しによる履行の追完を請求することができる。ただし、売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法と異なる方法による履行の追完をすることができる。」

<sup>578</sup> 潮見・前掲注(26)『新債権総論 I』166 頁、同・前掲注(559)『プラクティス民法』70～71 頁。

のである。そうすると、現行民法 634 条 1 項ただし書は、債権者の利益と債務者の不利益との間に不均衡な関係があってはならないという意味での「均衡性の原則」を明文化した規範として捉えることが可能である。この分析が的を射ているならば、日本法においても「均衡性の原則」としての比例原則が採用される余地は十分にあるといえよう。

他方で、改正民法においては、「債権者の給付から得る利益に比べて債務者に過大な費用」を要する場面が改正民法 412 条の 2 第 1 項の「契約その他の債務の発生原因及び取引上の社会通念に照らして不能」の概念の下で処理されることになる。(2)の改正民法の立法経緯に照らせば、同規定の「不能」概念には、現行民法 634 条 1 項ただし書の基礎に据えられていた債権者の利益と債務者の不利益との衡量の枠組みが持ち込まれるとされる。このことは、ドイツ法を参照すると、現行民法 634 条 1 項ただし書に含まれていた「均衡性の原則」を債権法総則に一般化したものと評価することができる<sup>579</sup>。改正民法 412 条の 2 第 1 項では、「契約その他の債務の発生原因」に照らして履行不能を判断するところ、この文言では履行不能の判断基準が極めて曖昧な状況にある。こうした状況においては、債権者の利益と債務者の不利益との間に不均衡があってはならないという意味での「均衡性の原則」は、抽象的な履行不能の判断枠組みを明確化させる機能を有するといえる。敷衍すると、改正民法では、不能概念を柔軟に解釈することにより給付に過大な負担を要する場合も履行不能に包摂されている。しかし、理論的には給付を実現できるため、こうした場合は本来的な意味での履行不能ではない<sup>580</sup>。第 4 章のドイツ法の理解を参照すると、債権者とはいえ債務者に配慮した行動をとらねばならないところ、債権者の給付利益がわずかであり、給付に要する債務者の負担との間に著しい不均衡が生じる場合に債権者が履行請求に固執することは、債権者の債務者に対する配慮義務違反にあたると理解することができる。そして、この信義則の配慮義務違反の判断を明確化する点で「均衡性の原則」が機能しうると考えられる。

#### (b) 必要性の原則に基づく債権者の給付利益を満足させる代替手段の考慮

<sup>579</sup> 民法改正法案以前にすでに、潮見佳男『基本講義 債権各論 I 契約法・事務管理・不当利得』（新世社、第 2 版、2009 年）235 頁では、民法 634 条 1 項ただし書に内在する思想を履行請求権に関する一般理論へと展開すべきとの提案がなされていた。

<sup>580</sup> 本稿の初出論文である山田孝紀「比例原則を基礎とする給付拒絶の根拠——ドイツにおける判例・学説の検討」法と政治 67 巻 4 号（2017 年）185 頁以下では、債権者の給付利益に対して債務者に過大な負担を要する場合を履行不能として位置づけることの問題点を指摘し、かかる場合につき信義則を基礎とする給付拒絶の問題として捉える可能性を指摘した。また履行不能の位置づけに反対する見解として、加賀山茂『民法改正案の評価債権関係法案の問題点と解決策』（信山社、2015 年）19～20 頁、46 頁を参照。

次に、履行請求権の制限に際して「必要性の原則」は採用されうるか。この点、日本法では、(1)のように債権者の給付利益と債務者の給付に伴う費用との間に著しい不均衡がある場合には、債権者が給付に代わる損害賠償によって利益を満足すべきであって、債務者に高額の出費を強いることになる履行請求に固執すべきでないとの見解がある。つまり、日本法では一般的な見解ではないとみられるが、履行請求権の制限を判断する際に債権者が代替手段によって利益を満足すべきであるとの主張がみられる。もっとも、代替手段の存在が考慮される理由については説明されていない。

この見解は、ドイツ法の検討によると、必要性の原則の観点から説明することが可能である。つまり、債権者が目的を達成するために債務者に不利益の少ない代替手段の存在を考慮すべきであるとの考え方である。必要性の原則の妥当性の理由については、第2章第3節・4節によれば、大別すると、信義則に基づく配慮義務・忠実義務に求める立場と一方当事者の優越性に求める立場がみられる。給付拒絶においては平等な当事者が想定されていることからすると、後者の立場は妥当しない。したがって、債権者が自身の利益を満足させるための代替手段を考慮しなければならない理由は、債務者に対する配慮義務に求められる可能性がある。

それでは、このような配慮義務に基づき代替手段（履行に代わる損害賠償）の存在が考慮される場合、履行請求権の制限はどのように判断されるのか。理論的には、給付に代わる損害賠償が履行請求権の行使よりも債務者に与える不利益が少ない場合には、履行請求権が一切認められないとの帰結も考えられる。しかし、こうした帰結は、債権者の権利行使の自由を過度に制約し、私的自治の原則に反する結果をもたらしかねない。法が想定しているのは本来の履行請求権が可能な限り貫徹されることによって債権者の給付利益を保障させることであると考えれば、当該請求権の行使が制限されるのはあくまでも例外的な場面に制限されるべきである。つまり、給付に代わる損害賠償の存在が考慮されることによって履行請求権が制限されるのは、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担との間にどの程度の不均衡があるのかを考慮した上で、給付に代わる損害賠償から生じる債務者の不利益に比べて履行請求権の行使が債務者に著しく過大な不利益を与える場合に限定されるべきである。

具体的には、債権者による履行請求権の行使の制限は、次のように判断されることが考えられる。まず、履行請求権の判断に際しては、債権者の給付利益と債務者の給付に要する負担が衡量要素となる。債権者の給付利益を評価する際には、給付に代わる損害賠償

の存在も考慮される。債権者が債務者に損害の少ない損害賠償で利益を満足しうる一方で、債権者による履行請求権の行使が債権者の給付利益と比較して債務者にとって過大な負担を生じさせる場合には、債権者にこのような履行請求を認める必要性は少ない。このように債権者の履行請求が債務者の配慮義務に反して濫用的なものと評価される場合には、債権者は履行請求に固執すべきではなく、給付に代わる損害賠償で満足すべきである。

さらに、改正民法 412 条の 2 第 1 項を「比例原則」の視点からみることは、給付に代わる損害賠償請求権が過大な場合においても問題となる可能性を指摘しうる。まず、現行民法 634 条 1 項ただし書では、請負人の瑕疵修補請求権の制限を規定する。同規定に関して、最判昭和 58 年 1 月 20 日集民第 138 号 1 頁では、「瑕疵修補に代わる損害賠償請求」が請負人に過分の費用をもたらす場合に当該請求が認められるかという問題が争われた。この問題に関して、最高裁は、本件曳船の「瑕疵は比較的軽微であるのに対して、右瑕疵の修補には著しく過分の費用を要するものといえることができるから、民法 634 条 1 項但書の法意に照らし」、曳船の瑕疵の修補に代わる改造工事費及び滞船料に相当する金員を損害賠償として請求することはできない、と判示した。この事案では、現行民法 634 条 1 項ただし書が「修補による利益」と修補による「費用」との不均衡性という基準を設けていたために、同規定の「法意」に照らして修補に代わる請求権も制限されたとみうる。

前述の通り、改正民法では、現行民法 634 条 1 項ただし書が削除される。そのため、昭和 58 年判決と同様の事案が生じた場合には、拠り所となる規定が存在しないことになる。また改正民法 412 条の 2 第 1 項の「契約その他の債務の発生原因」という要件からではいかなる解決をすべきかが明らかではない。そのため、昭和 58 年判決と同様の解決を図るためには、改正民法 412 条の 2 第 1 項の解釈において「比例原則」を考慮することが考えられる。つまり、債権者の利益に対して債務者に過大な負担を生じてはならないとの判断枠組みを用いることで、同条項の法意ないし類推適用によって給付に代わる損害賠償請求権を制限する可能性が考えられる。このように法の欠缺の場合には、規定の背後にある「比例原則」という考え方に遡ることによって同種の事案の解決を図ることができるのではないだろうか。

なお、上記昭和 58 年判決については、改正法の解釈に承継されるべきではないとの見解が近時登場している。この見解は、「『修補』に相当する価値の損害賠償を——『修

補』そのものとともに——否定したのでは、目的物の瑕疵に関する給付危険を注文者が全面的に負担することになり、不当な結果となる」とする<sup>581</sup>。この批判を考慮して解決策を模索するならば、ドイツ法では第4章第3節3の消費動産売買指令に関する議論が類似の問題として想起される。そこでは、いわゆる絶対的不均衡性による売主の追完拒絶を否定しつつ、買主による費用賠償請求権を相当な額に縮減するとの解決が試みられていた。消費動産売買契約に関する売主の追完拒絶に関する議論であることから、日本法に直ちに採用しうるものではないものの、注文者が全面的にリスクを負担するのではなく、給付に代わる損害賠償請求権を相当な額に縮減することで、両当事者の公平な解決を図るという方法も参考になりうると考えられる。もっとも、この問題に関する詳細な検討は、今後の課題に委ねたい。

### 3 契約の解除権の制限

第5章を踏まえて、日本民法の契約の解除権の制限に際して比例原則が採用されうるのか、また採用されうる場合いかなる機能を有するのかについて検討してみたい。まず、この検討の前提として日本法の改正民法における議論状況を簡潔にみておきたい。

#### (1) 改正論議における軽微性基準の導入

今般の民法改正により、改正民法 541 条ただし書が新設された。同規定では、履行のために相当の期間を定めた催告をしたが、その期間の経過時における債務の不履行が「その契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときは」契約を解除できない旨が定められる。改正論議における要綱仮案の原案によると、催告解除の阻却事由としての債務不履行の「軽微性基準」<sup>582</sup>は、債務者の代金債務の履行がわずかに足りない場合や、債務者が公租公

---

<sup>581</sup> 潮見・前掲注(26)『新債権総論 I』287 頁脚注 31 では、「この判決には疑問がある。旧法 634 条 1 項ただし書は、『修補』請求という形での履行請求権を排除しているのであって瑕疵がある場合の金銭による調整までも否定しているのではない。修補に代わる損害賠償請求権は修補請求権が転形したものであると考えないのであれば、なおさらのことである。むしろ、損害賠償の形での救済の余地を残しているからこそ、履行請求権を排除したものとみることできる」と述べたうえで、このように主張する。

<sup>582</sup> 軽微性基準の由来については、渡辺達徳「民法改正案における契約解除規定の要件に関する覚書」法學新報 123 巻 5・6 号（2016 年）909～913 頁、杉本好央「民法改正案における法定解除制度の諸相」龍谷法学 49 巻 4 号（2017 年）367～374 頁を参照。

課の負担などの付随的義務に違反した場合には解除が認められないとする判例法理<sup>583</sup>を明文化したものとされる<sup>584</sup>。また同案では、契約をした目的を達することができる場合でも催告をして相当期間が経過すれば契約を解除しうることが企図された<sup>585</sup>。

この軽微な債務不履行における解除権の制限に関しては、近時の学説において次の(2)(3)の点が議論されている。

## (2) 解除とその他の救済手段との相互関係を踏まえた解除権の制限

改正民法は、売買契約において売主の給付が契約に適合しない場合に買主に種々の救済手段を認めている。すなわち、追完が可能であるときには、買主は、まず売主に対して追完を優先的に請求し（改正民法 562 条）、追完が奏功しない場合には代金減額請求権（改正民法 563 条）、損害賠償請求権や解除権（改正民法 415 条・564 条）を行使しう。ただし、相当期間を定めた催告をし、その期間経過後の不履行が軽微であるときには、契約を解除することができない（改正民法 541 条ただし書）。

これらの救済手段が規律されたことを踏まえて、改正民法 541 条ただし書には、債務の「不履行が軽微なものにとどまる場合には、債権者としては、損害賠償その他の救済手段で満足をするべきであるという考え方」が示されているとの見解がみられる<sup>586</sup>。また、改正民法では契約目的達成可能であっても債務不履行が軽微でないときには契約を解除しうが、「買主が契約の目的を達成できる限り、代金減額および損害賠償によって対応するのが適切なのではないだろうか」との指摘がある<sup>587</sup>。

---

<sup>583</sup> 大判昭和 14 年 12 月 13 日判決全集 7 輯 4 号 10 頁、最判昭和 36 年 11 月 21 日民集 15 卷 10 号 2507 頁等

<sup>584</sup> 民法（債権関係）部会資料 79-3・13～14 頁。

<sup>585</sup> 民法（債権関係）部会資料 79-3・13～14 頁。これは、最判昭和 43 年 2 月 23 日民集 22 卷 2 号 281 頁を参考にしたものである。しかし、同判決は、潮見・前掲注(553)『民法（債権関係）改正法案の概要』240 頁、松井和彦「付随的な義務の不履行と契約の解除」法時 90 卷 7 号（2018 年）106 頁により催告解除の障害事由について判示したものでないと指摘される。

<sup>586</sup> 潮見・前掲注(553)『民法（債権関係）改正法の概要』239 頁。

<sup>587</sup> 横山美夏「契約の解除」法時 86 卷 12 号（2014 年）34 頁。河上正二「契約の解除（その 4）新法下での債務不履行解除」法セミ 752 号（2017 年）80 頁も、瑕疵が軽微でなければ買主の追完請求に対して売主が履行しない場合に「いきなり解除することも理論的にできそうではあるが、それでよいかは疑問であり、催告解除における『軽微』と「それ以外の場所での『契約目的の達成』との表現の違いは一定の歩み寄りを必要とするのではあるまいか」と指摘する。



以上の見解によると、改正民法では、売主による契約に適合しない給付に対する買主の各種の救済手段が段階的に位置づけられ、解除以外の救済手段の存在が解除権の制限に際して考慮されているとみうる<sup>588</sup>。もっとも、いかなる理由に基づき救済手段が段階的に位置づけられ、解除とそれ以外の救済手段の存在がどのように比較されるのかという点は明らかとはいえない。

### (3) 軽微な債務不履行における解除権の制限理由

次に、改正民法は軽微な債務不履行の場面において解除以外の救済手段の存在を考慮するところ、なぜ当該場面において解除権が制限されるのかが問題とされる。

まず解除権が制限される理由は、解除制度の目的<sup>589</sup>と関連するとみられる。伝統的通説は、解除制度を、債務を履行しなかった債務者に対する責任追及手段として位置づけた上で、債務者の帰責事由を必要とする<sup>590</sup>。この立場によると、債務不履行の程度が軽微な場合において契約の解除が債務者に過大な不利益をもたらさうために解除が認められないとする理由が考えられる（第1の理由）<sup>591</sup>。他方で、近時の見解は、解除を債務不履行に直面した債権者に契約の拘束力からの解放を認めるための制度とみた上で、解除の要件として債務者の帰責事由を不要とする<sup>592</sup>。改正民法は、解除の要件から債務者の帰責事由を不要としていることから近時の見解に立脚している。つまり、相当の期間を定めた履行の催告をし、そ

---

<sup>588</sup> 道垣内弘人＝高須順一「解除と危険負担」ジュリ 1516号（2018年）63頁〔道垣内発言〕は、金銭債務の不履行の場合と様々な救済手段があるときの軽微性判断が異なる可能性を指摘する。

<sup>589</sup> 解除制度の目的に関して、潮見・前掲注(26)『新債権総論Ⅰ』554頁以下を参照。

<sup>590</sup> 解除を債務者に対する制裁とみる見解として、横田秀雄『債権各論（全）』（清水書店、1912年）168頁。債務者の帰責事由を要する見解として、我妻栄『債権各論 上巻（民法講義V1）』（岩波書店、1954年）156頁、三宅正男『契約法（総論）』（青林書院、1978年）187頁。

<sup>591</sup> 解除権の制限理由に着目した見解ではないが、解除前の催告を必要とする理由として、梅謙次郎『民法要義 卷之3』（和仏法律学校、1903年）438頁は、即時の契約解除がその相手方に酷であること、勝本正晃『債権総論概説』（巖松堂、1932年）53頁は、原状回復義務の負担が債務者に不利益となる旨を述べる。高島平蔵『債権各論』（成文堂、1988年）64頁は、解除が契約関係の存続を望む債務者に不利な結果となるとして、その要件に帰責事由を要求する。

<sup>592</sup> 好美清光「契約の解除の効力」遠藤浩ほか監修『現代契約法体系・第2巻』（有斐閣、1984年）179頁以下、渡辺達徳「民法541条による契約解除と『帰責事由』」商学討究44巻1＝2号239頁、3号81頁（1993年～1994年）、山田到史子「契約解除における『重大な契約違反』と帰責事由」民商法雑誌110巻3号（1994年）88頁以下。

の期間経過後の債務不履行が軽微であるならば、債権者が契約を維持する期待や利益が喪失していないために解除権が制限されると解されている（第2の理由）<sup>593</sup>。

改正民法における軽微性の判断基準については、この第2の理由を前提とした上で次の見解が示されている。すなわち、「債務者の追完・追履行に要するコストと、相当期間経過後の本旨に従った履行を受けられないことによる債権者の不利益とを——比例原則（過剰介入禁止・過少保護禁止）の視点から——比較衡量したときに、履行の追完・追履行に過分の費用を要するため、契約の拘束から離脱することに向けられた債権者の解除の主張が過大なものと評価されるかどうかという観点から判断」されるとみる見解である<sup>594</sup>。

このように改正民法における解除制度の目的の変容に伴い、解除権の制限理由についても再検討が必要とされている。そして、この検討は、改正民法下における債務不履行の軽微性の判断を明確化するにあたっても重要であると考えられる。

#### （4）解除権の制限に関する比例原則の採用可能性

##### （a）契約に適合しない給付に対する解除とその他の救済手段との関係

以上の日本法の議論状況を踏まえて、解除権の制限の場面に比例原則が採用されうるか否かを検討してみたい。

まず(2)でみたように、日本での改正民法における解除権の制限に関しては、債権者が代金減額や損害賠償といった解除以外の救済手段の存在が考慮されている。ただし、解除とその他の救済手段がいかなる考え方にに基づき比較されるのか、という点は不明瞭であった。この問題につき、ドイツ法の第5章第3節1(1)aの見解によれば、些細な契約違反の場合に解除権を排除する消費動産売買指令3条6項には、契約の尊重や比例原則が表れていると指摘される。

先行研究によると、前者の契約の尊重とは、「当事者が契約の維持を志向するなら、たとえ障害があってもなるべく契約を維持、存続させていこうとする」考え方とされる<sup>595</sup>。日本の改正民法における売買の追完規定に関しても、解除や代金減額に対して買主の追完請求が優先することや、催告要件を通じて売主の追完利益の保障が図られている点などにおい

<sup>593</sup> 潮見・前掲注(579)『基本講義 債権各論Ⅰ』53頁。

<sup>594</sup> 潮見・前掲注(26)『新債権総論Ⅰ』567頁。

<sup>595</sup> 円谷峻「ファヴォール・コントラクトス（契約の尊重）」同ほか『現代契約法の展開——好美清光先生古稀記念論文集』（経済法令研究会、2000年）3頁。

て契約の尊重が反映されていることが指摘されている<sup>596</sup>。

他方で、第5章第3節以下で検討した後者の比例原則の観点からは、日本民法の契約不適合給付に対する救済手段の体系を次のように把握することができる。

まず、改正民法では、売主が契約に適合していない給付をした場合に、買主は、一次的救済手段として代物給付・修補・不足分の引渡しを内容とする追完請求権を行使できる。ただし、「売主は、買主に不相当な負担を課するものでないときは、買主が請求した方法とは異なる方法による履行の追完をすることができる」（改正民法 562 条 1 項ただし書）。ここでは、一次的救済手段の比較という視点がみられる。

次に、追完請求権が他の救済手段に対して優先するところ、追完請求権が改正民法 412 条の 2 第 1 項の「不能」と評価されるほどの不均衡な負担を生じさせる場合には当該権利の行使が認められない。ここでは、条文からは明らかではないものの、追完請求権という一次的救済手段と代金減額・損害賠償・解除の二次的救済手段を比較し、前者が後者に比べて売主に著しく不均衡な負担となる場合には、買主が二次的救済手段によって利益を満足すべきであるとの評価が内包されているとみうる。このように捉えた場合、一次的救済手段と二次的救済手段との比較の点において比例原則が反映されていると指摘できる。

そして、追完がなされなかった場合には、買主は二次的救済手段として代金減額・損害賠償・解除権を行使しうる。ただし、二次的救済手段においても制約があり、相当期間を定めた催告をし、その期間経過後の債務の不履行が契約及び取引上の社会通念に照らして軽微であるときには、買主は契約を解除することができない（改正民法 541 条ただし書）。ここでは、比例原則を通じて、解除とその他の救済手段が比較されるとみることが可能である。すなわち、債務不履行が軽微であるときには買主による解除権の行使が、代金減額や損害賠償を請求したときと比較して売主に過大な不利益となりうる。これは、第5章第3節 1(1)a の見解によると、「均衡性の原則」が反映されたものとみうる。その際、第5章第3節 1(1)c の見解を踏まえると、買主は、売主の利益に配慮した行動をとらねばならないことから、「必要性の原則」から売主にとって不利益が少ない代金減額等の救済手段を使用することが求められる。上記 3(2)でみたように、改正民法における契約不適合の救済体系に関しては、債務の「不履行が軽微なものにとどまる場合には、債権者としては、損害賠償その他の救済手段で満足をするべきであるという考え方」が示されているとの見解がある。この見解は、買

---

<sup>596</sup> 中村肇「改正民法における売買の追完規定の検討」「伊藤進先生傘寿記念論文集」編集委員会編『現代私法規律の構造』（第一法規、2017 年）173 頁以下。

主が売主に損害の少ない手段を行使することを求める「必要性の原則」からも支持することができる。もっとも、この必要性の原則を厳格に適用することは、買主の手段選択を認める私的自治の原則と対立しうる。そこで、改正民法 541 条 1 項ただし書では、債務不履行が「軽微」な場合にのみ、買主の解除権の行使を制限し、買主に代金減額などの他の手段で利益を満足すべきことを命じる体系を構築しているとみることができる。

以上のように、改正民法が契約不適合給付において債権者に認められる様々な救済手段を段階的に位置づけているところ、ドイツ法の議論を踏まえると、この救済手段の段階化は比例原則に即したものであり、妥当な方向性にあると評価することができる。この場面で比例原則は、契約に適合しない給付において買主に認められる複数の救済手段を比較し、その救済手段を段階的に位置づける制度を構築する意義を有すると認められる。

#### (b) 解除権の制限理由と軽微性基準について

次に、日本法の解除権の制限理由と軽微性基準について比例原則がいかなる採用されうのか、採用されうる場合にいかなる機能を有するのかを検討してみたい。

日本法では、(3)の通り、改正民法において解除の要件として債務者の帰責事由を不要とする。そのため、改正民法 541 条ただし書について、債権者が履行の催告をして、相当の期間が経過したものの、債務者がなお履行しないにもかかわらず、これによって契約を維持することへの債権者の期待ないし利益が脱落したとは評価できないために解除が認められないとの見解がみられる<sup>597</sup>。この見解は、解除制度の目的を債務者に対する責任追及手段ではなく、契約の拘束力から債権者を解放することにあるとする立場と整合的である。

以上に対して、第 5 章第 3 節 2 の議論によれば、ドイツでは、解除の要件から帰責事由を不要とする債務法改正後においても、軽微な債務不履行において解除権が制限される理由に関して、重大な法的効果や不利益、制裁としての解除から債務者を保護することに求める立場が有力に維持されているとみうる。そして、この立場の基礎に据えられていたのが比例原則であった。ここでいう比例原則とは、第 5 章第 3 節 1(1)の学説及び 2(2)の判例によると、「些細な義務違反に対して過大な法的効果や不利益、制裁を加えてはならない」とする「均衡性の原則」の意味として捉えられる。

それでは、このように解除を制裁とみる立場は、日本の改正民法下では妥当しうるのだら

---

<sup>597</sup> 潮見・前掲注(26)『新債権総論 I』558 頁。

うか。この問題を検討するにあたり、従前の日本法の状況に目を向けると、解除制度の存在意義について債務不履行にあった債権者を保護することを重視しつつも、「不履行に対する制裁の意味も若干ある」とする見解も存在していた<sup>598</sup>。また近時の見解においても改正民法 541 条ただし書の規律について、「不履行を受けている債権者の契約の拘束からの解放を基本としつつ、契約の拘束力の尊重及び債務者の契約利益への配慮との調和を図ったもの」と意義づける見解がある<sup>599</sup>。これらの見解によれば、債権者の契約利益からの解放だけでなく、債務者の利益の配慮という視点からも解除が捉えられている。このような学説状況に照らせば、契約の拘束力からの解放という視点だけでなく、軽微な義務違反に対して重大な法的効果や不利益、制裁から債務者を保護するという視点も依然として存在する余地がある。このように義務違反に対する制裁から債務者を保護するという観点が改正民法 541 条ただし書にも反映されているならば、その債務不履行の「軽微」性の判断にあたっては、義務違反に対する制裁や法的効果との間に不相当な関係があってはならないとする「均衡性の原則」が妥当しうると考えられる。

#### 4 契約法における比例原則のまとめ

以上の 1 から 3 の検討からは、次のような視点を提示することができる。それは、日本の契約法では比例原則が一般的に承認はされていないものの、比例原則が約款条項の不当性判断、履行不能の判断、契約の解除権の制限に際して採用される可能性である。

具体的には、これら 3 つの場面の契約の内容形成や権利行使の制限に際しては、比例原則を構成する原則のうち、次の 2 つの原則が考慮される。

第 1 に、均衡性の原則である。これは、義務違反や過失と法的効果・制裁、あるいは債権者の利益や債務者の不利益との間に不均衡・不相当な関係があってはならないとする原則である。この原則は、約款条項の不当性判断では、その判断に際して考慮される信義則の配慮義務違反の内容を明確化させる機能を有する。また改正民法 412 条の 2 第 1 項の履行不能の判断においては、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担を衡量し、両者に著しい不均衡があってはならないという枠組みにより、履行不能の判断を明確化させる。改正民法 541 条ただし書の解除権の制限については、同条の目的が些細な債務不履行に対する過大な制裁・不利益から債務者を保護する点に求められうるところ、軽微な債務

---

<sup>598</sup> 星野英一『民法概論Ⅳ〔合本新訂〕』（良書普及会、1986 年）70 頁。

<sup>599</sup> 中田裕康『契約法』（有斐閣、2017 年）205 頁。

不履行に対して過大な制裁を加えてはならないという意味での均衡性の原則が輕微性の概念の解釈にも資すると考えられる。

第2に、必要性の原則である。これは、契約法領域では債権者が目的を達成するために債務者にとって不利益の少ない手段の存在を考慮することを求める原則と定義しうる。具体的な各場面の適用方法をみていくと、約款条項の不当性判断においては、約款使用者が目的を達成するためにその相手方に不利益の少ない手段があるにもかかわらず、約款使用者が相手方に過大な不利益をもたらす条項（義務違反に対して過大な制裁を課す条項）を定めることは認められないというべきである。債務者の過大な負担に基づく履行不能では、債権者が給付に代わる損害賠償で利益を満足しうる一方で、債権者の給付利益に比して給付の遂行に要する債務者の負担が著しく過大な場合には、履行請求権の行使が認められないとの帰結が同原則から導かれる。これらの場面では、必要性の原則は、契約の内容形成・権利行使の制限の判断基準を明確化する機能を有するとみうる。他方で、改正民法541条ただし書においては、債務不履行が輕微なときには解除が認められない。その理由は、債務不履行の程度が輕微である場合には、債権者は解除以外の代金減額や損害賠償によって利益を満足すべきであるとの評価に基づく。この場面では、必要性の原則は、契約に適合しない給付に対する救済手段を段階づける体系を構築する際に作用しているとみることができる。この必要性の原則の根拠としては、信義則に基づく配慮義務を想定しうる。ただし、ドイツ法においてもその内容には明確でない部分が残されていることから、その諸相の解明が日本法における比例原則の採用に当たっても重要な課題となると考える。

このように契約法の個別場面における比例原則の採用可能性を指摘することができるのなら、日本法においてもドイツ法と同様に「均衡性の原則」及び「必要性の原則」から成る比例原則の一般理論を構築しうるのではないだろうか。

## 第7章 結章

### 1 本稿の総括

#### (1) 本稿の目的

本稿は、私人による契約の内容形成や権利行使の制限に際して民法における比例原則がどのように適用され、いかなる機能を果たすのかを解明することを目的にした。その目的を達成するために、民法、特に契約法における比例原則の内容についてドイツ法を比較題材とすることで、日本法への示唆を得た。

第1章で述べたように、これまでの比例原則に関する日本の先行研究では、公法領域での比例原則を研究するものが一般的であった。これに対して、近時は公法領域の議論とは別に、外国法の影響を受けつつ、ドイツ法の履行請求権の制限やフランス法の保証など個別場面において民法上の比例原則に言及するものが一部で見られる。ただし、日本の民法領域では比例原則を承認する見解は一般的ではなく、同原則を正面から検討した論稿はこれまで存在していない。そのため、契約の内容形成や権利行使の制限に際して比例原則がどのような場面で適用され、いかなる機能を果たすのか、ということが不明瞭な状況にあった。しかしながら、日本民法における比例原則の採用可能性を示すためには、まずはこうした本質が明らかにされなければならないと考えた。

#### (2) 本稿の分析の視点

上述の目的に基づき、本稿では、次のような視点からドイツ民法における比例原則の議論状況を分析した。すなわち、これまでの先行研究でみられた個別議論のみの展開とは異なって、民法における比例原則の一般理論を解明し、その一般理論を踏まえて同原則が具体化された個別場面を検討するという視点である。具体的には、ドイツ民法の比例原則に関する一般理論を検討する学説の見解を詳細に整理した（第2章第3節・第4節）。その上で、比例原則の一般理論に基づき、契約法の主要な場面で比例原則がどのように具体化されているのかを個別場面ごとに確認した（第3章～第5章）。このようなドイツ法の分析と検討によって、私人による契約の内容形成や権利行使の制限の場面を想定しつつ、ドイツ民法における比例原則の運用と機能を明確化することができた（第6章第1節）。

このドイツ法の検討を踏まえて、日本民法に対して得られる示唆を検討した（第 6 章第 2 節）。日本民法では、比例原則の一般理論を構築する見解はなく、同原則の採用が一般的に承認されているとはいえない状況にある。そこで、日本法の検討に際しては、ドイツ法に相応する日本民法の個別場面を対象に分析することによって、契約内容形成や権利行使の制限の個別場面で比例原則が妥当する可能性を示した。その結果、日本民法においてもドイツの議論と同じく比例原則の一般理論を構築しうるとの展望を得るに至った。

最後に、本稿の重要部分である契約法における比例原則の枠組みを要約しておきたい。

### （3） 契約法における比例原則

本稿では、第 2 章第 3 節及び第 4 節の比例原則の一般理論を踏まえて、ドイツ民法、特に契約法領域において比例原則が中心的に議論されている場面として、約款条項の不当性判断（第 3 章）、過大な負担に基づく債務者の給付拒絶（第 4 章）、契約の解除権の制限（第 5 章）の議論状況をみた。この結果、次の 2 点を明らかにすることができた。

第 1 に、ドイツの契約法領域では、比例原則の一般理論の中で、契約の内容形成や権利行使の制限に際して、義務違反・過失と法的効果・制裁、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担などの間に不均衡・不相当な関係があってはならないとする原則（均衡性の原則）が考慮されている。この原則は、個別場面において次のように表れている。まず、均衡性の原則は、約款条項の不当性判断に際して、約款条項が軽微な義務違反に対して過大な制裁を課しているかどうかを判断する際に作用する（第 3 章）。次に、給付拒絶においては、同原則は、債権者の履行請求権の行使が信義則に基づく債務者への配慮義務に違反するかどうかを判断する際に、債権者の給付利益と給付に要する債務者の負担を衡量する（第 4 章）。さらに、契約の解除権の制限に関しては、同原則は、BGB323 条 5 項 2 文の目的が比例原則を守ること、すなわち軽微な義務違反に対して過大な法的効果や制裁を加えてはならないという考え方に具現化されている（第 5 章）。これらの場面において、均衡性の原則は、約款条項の不当性、義務違反の軽微性、信義則などの一般条項を明確化させる機能を有すると考えられる。



第2に、比例原則の一般理論においては、契約の内容形成や権利行使の制限に際して、債権者が目的を達成しつつ、債務者に不利益の少ない代替手段が存在するか否か（必要性の原則）を考慮する見解が多数説であるとみられる。この必要性の原則が個別場面に反映された結果、第3章の約款条項の不当性判断においては、約款使用者が目的を達成するためにその相手方に不利益の少ない代替手段が存在しているか否かが考慮されている。第4章の履行請求権の制限に関しては、必要性の原則は明示されていないものの、判例や学説では、債権者の給付利益の判断において債権者が給付に代わる損害賠償、解除、代金減額といった他の手段で利益を満足しうるか否かが考慮されるべき要素とされていた。第5章では、義務違反が軽微なときには解除権が制約されるどころ（BGB323条5項2文）、同規定の形成には買主が代金減額や損害賠償といった解除以外の救済手段によって利益を満足すべきであると考え方が考慮されていた。この必要性の原則が反映された結果、ドイツでは契約に適合しない給付に対する救済手段を段階付ける体系が構築されているとみることができる。

以上のドイツ法の検討を踏まえて、第6章第2節では、第3章から第5章までのドイツ法に相応する日本法の個別場面を対象として比例原則がいかなる形で採り入れられ、どのような機能を有しているのかを検討した。その結果、約款条項の不当性判断や履行不能、解除権の制限に関して、義務違反・過失と法的効果・制裁との間、あるいは債権者の利益や債務者の不利益との間に不均衡や不相当な関係があってはならないという意味での「均衡性の原則」が採用されうること、同原則が信義則や履行不能、軽微性などの不明確な文言の解釈に資することを指摘した。これに加えて、日本法の約款条項の不当性判断や履行請求権の限界に関して債権者の利益を満足し、債務者に不利益の少ない代替手段の存在を考慮する見解が一部にみられるところ、こうした見解は必要性の原則から正当化される可能性を示した。さらに、代替手段の存在は、規範形成に際しても影響を有しているとみうる。具体的には、軽微な債務不履行に対して解除権を制約する改正民法541条ただし書には、買主が解除よりも売主に損害の少ない代金減額や損害賠償といった他の手段で満足を得るべきとの考え方が反映されているとみることができる。

このような日本法の個別場面における比例原則の採用可能性を踏まえると、日本の民法の契約法領域においても比例原則の一般理論を構築できる可能性がある。すなわち、日本民法においてもドイツ法と同様に、均衡性の原則及び必要性の原則から成る比例原則が契約の内容形成や権利行使の制限に資するのではないだろうか。

## 2 今後の課題

本稿は、ドイツ民法における比例原則の一般理論を踏まえつつ、契約法の3つの主要場面を通じて比例原則の具体的な機能を検討した。その結果、1でも指摘した通り、均衡性や必要性の原則からなる比例原則が契約の内容形成や権利行使の制限に作用しうることとを指摘した。その際に、特に後者の必要性の原則が妥当しうる根拠として主張されていたのは、信義則に基づく配慮義務や忠実義務という考え方である（第2章第3節1(1)参照）。この配慮義務とは、債権者であっても債務者に配慮した行動をとることを要請するものであるとみられるが、ドイツの学説ではその内容につき詳細を述べておらず、不明確なところがある。そのため、信義則の配慮義務の内容の具体的な解明が今後の課題として残される。

また債権者の利益を満足させる代替手段の存在に関しては、次のような課題も残されている。まず、本稿では検討しえなかったが、ドイツでは、損害軽減義務についても比例原則の具体化とみる見解も一部でみられる<sup>600</sup>。契約法において代替手段を考慮することは、効率性・代替取引義務に基づく債権者の履行請求権の制限の場面と類似性がみられるところ<sup>601</sup>、損害軽減義務と比例原則との関係性についても今後の検討が必要になると考えられる。次に、代替手段の存在の考慮に関しては、制度間競合論の視点からの考察も必要となりうる。例えば、解除と代金減額、損害賠償の手段選択に関して、解除は契約の終了という効果を目指す一方、損害賠償は契約を維持したままで主張されるところ、両者を同時に主張しうるか否かが問題となる。代金減額は一部解除の性質をもつものである一方、契約関係を有効に維持する手段であるため、解除と代金減額がいかなる関係にあるのかも考察されなければならない。

さらに、約款条項や給付拒絶、解除権の制限の場面以外にドイツ民法において比例原則が適用されている場面の考察が残されている。例えば、契約法の場面では、暴利行為

---

<sup>600</sup> 第2章第3節2(1)cの見解。

<sup>601</sup> 履行請求権の貫徹の優越性の観点から、効率性・代替取引義務からの履行請求権の限界を否定する見解として潮見・前掲注(26)『新債権総論Ⅰ』289頁。同書では、効率性・経済性の観点から履行請求権が否定されるべきでないとしている。改正前民法に関して修補と修補に代わる損害賠償請求との関係に関して、潮見・前掲注(579)『基本講義 債権各論Ⅰ』236頁では、「修補が容易であり、かつ修補によって損害が全く残らない場合には、債権者（注文者）の損害軽減義務の観点から、注文者は、まず修補請求をすべき」とされており、履行請求権の優先を正当化する文脈では損害軽減義務が考慮されるとしている。

の制限（BGB138 条 2 項）、給付に代わる過大な損害賠償の制限（BGB251 条 2 項）、過大な違約金の減額（BGB343 条）などがあげられる。これに加えて、ドイツでは、近時、自力救済や緊急避難に関しても比例原則の視点から考察する論稿が注目されている<sup>602</sup>。これらの場面では、本稿の契約法領域とは異なり、必要性の原則と私的自治の原則との対立が問題とならないことから比例原則の適用方法や機能も異なる可能性がある。こうしたドイツ法の分析を踏まえて、さらに日本民法における比例原則の検討を進めていく必要がある。

このように今後に残された課題は多いが、本稿で展望を示した比例原則の一般理論の構築可能性が日本でも受け入れられるのであれば、これらの課題を解明する一助となると考えられる。民法一般の比例原則の意義・機能を明確化させるべく今後も研究を進めていきたい。

---

<sup>602</sup> Stefan Klingbeil, Die Not- und Selbsthilferechte : Eine dogmatische Rekonstruktion, Mohr Siebeck, 2017.